

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ricardo Leal de Moraes

**ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA:
REDE VIRTUAL COMO FINALIDADE DA DISCIPLINA DAS
TELECOMUNICAÇÕES**

Porto Alegre
2018

Ricardo Leal de Moraes

**ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA:
REDE VIRTUAL COMO FINALIDADE DA DISCIPLINA DAS
TELECOMUNICAÇÕES**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre
2018

CIP - Catalogação na Publicação

Moraes, Ricardo Leal de
ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E DIREITO DA
CONCORRÊNCIA: REDE VIRTUAL COMO FINALIDADE DA
DISCIPLINA DAS TELECOMUNICAÇÕES / Ricardo Leal de
Moraes. -- 2018.
288 f.
Orientador: Augusto Jaeger Junior.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Telecomunicações. 2. Direito da concorrência.
3. Regulação setorial. 4. Rede virtual. I. Jaeger
Junior, Augusto, orient. II. Título.

À minha família.

Ricardo Leal de Moraes

**ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA:
REDE VIRTUAL COMO FINALIDADE DA DISCIPLINA DAS
TELECOMUNICAÇÕES**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 21 de junho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior - Orientador

Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão

Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem

Prof. Dr. Manoel Neubarth Trindade

Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch

RESUMO

Busca-se identificar qual deva ser a finalidade específica da disciplina das telecomunicações. A partir deste entendimento, são investigados os papéis que o direito da concorrência e a regulação setorial devam desempenhar nesta disciplina, bem como é buscada a solução de temáticas concretas do setor. Historicamente pautada pelo direito da concorrência e pela regulação setorial, a disciplina das telecomunicações está em constante transformação, acompanhando o constante crescimento da relevância do setor. Não há consenso nas finalidades reconhecidas ao direito da concorrência e à regulação setorial, analisados isoladamente. A investigação de experiências nacionais, regionais e internacionais de disciplina do setor, apesar de revelar divergências, indica, também, convergências, especialmente acerca da existência de uma preocupação geral com o funcionamento do setor como um todo. É reconhecido que o setor de telecomunicações possui relevante característica dúplice: além de uma atividade econômica específica, também é um meio indispensável ao desenvolvimento de praticamente todas as demais atividades na realidade atual. Com foco nesta segunda característica, a partir dos estudos realizados, aponta-se que existe uma finalidade maior setorial, qual seja: a consecução de uma rede virtual, entendida como o funcionamento integral de todas as redes e de todos os serviços no país ou no respectivo bloco, independente da tecnologia e da operadora envolvidas, como se houvesse uma única rede interoperável e funcional. São várias redes e diferentes serviços, competindo nos mercados, que virtualmente funcionem como uma única rede acessível a todos. Sendo reconhecida esta finalidade setorial em diálogo com a finalidade da concorrência, tem-se que o direito da concorrência deva disciplinar o setor enquanto uma atividade econômica específica. Já no que se refere à finalidade de obtenção da rede virtual no setor, com as implicações que daí decorram, mostra-se mais adequada a utilização de regulação setorial. Não há uma fórmula universal para a incorporação e a normatização destas finalidades, devendo ser ajustadas às características e ao sistema jurídico de cada país ou bloco, inclusive aos respectivos níveis de desenvolvimento e de concorrência no setor. A aplicação da proposta da rede virtual como finalidade setorial auxilia na resolução das demais questões inerentes à disciplina das telecomunicações, como evidenciam os testes realizados com a aplicação do conceito no que se refere à forma de relacionamento entre as autoridades que têm ingerência nas telecomunicações e às discussões envolvendo a neutralidade de rede.

Palavras-Chave: Telecomunicações, direito da concorrência, regulação setorial, rede virtual.

ABSTRACT

This study seeks to identify which should be the specific purpose of the telecommunications law (discipline). From this understanding, the roles that the competition law and the sector regulation should play in this field, as well as the solution of concrete sectoral issues, are investigated. Historically based on competition law and sectoral regulation, the policies involving telecommunications are constantly changing, mainly due to the growing relevance that the sector continues to acquire. There is no consensus on the competition law and the sectoral regulation recognized purposes, when analyzed separately. The investigation of national, regional and international experiences of the telecommunications law, although revealing divergences, also indicates convergences, especially regarding the existence of a general concern with the operation of the sector as a whole. It is recognized that the telecommunications sector has a significant double feature: in addition to a specific economic activity, it is also an indispensable means for the development of practically all other activities in the current reality. Focusing on this second characteristic, based on the studies carried out, it is presented that there is a greater sectoral purpose, namely: the achievement of a virtual network, understood as the integral operation of all networks and all services in the country or in the respective block, regardless of the technology and operator involved, as if there were only one interoperable and functional network. There are several networks and different services competing in the market which virtually function as a single network that is accessible to all. If this sectoral purpose shall be seen in agreement with the competition purpose, it must be understood that competition law must discipline the sector as a specific economic activity. Regarding the purpose of obtaining the virtual network in the sector, with the implications that follow it, it is more appropriate to use sectoral regulation. There is no universal formula for the incorporation and standardization of these purposes, and they must be adjusted to the characteristics and legal system of each country or block, including their respective levels of development and competition in the sector. The concept implementation, of the virtual network as a sectoral purpose, helps in the resolution of other issues inherent to the telecommunications law, as evidenced by the tests carried out with the concept implementation regarding the relationship between the authorities that have interference in telecommunications and discussions involving net neutrality.

Keywords: Telecommunications, competition law, sector regulation, virtual network.

RÉSUMÉ

On ambitionne identifier quelle doit être la finalité spécifique de la discipline des télécommunications. Ayant pour base cette compréhension, on investigate les rôles que le droit de la concurrence et la réglementation sectorielle doivent jouer dans cette discipline, on cherche également la solution des thématiques concrètes de ce secteur. Historiquement déterminée par le droit de la concurrence et par la réglementation sectorielle, la discipline des télécommunications est constamment en transformation, en accompagnant la croissance de la portée continuellement acquise par ce secteur. Il n'existe pas de consensus dans les finalités reconnues au droit de la concurrence et à la réglementation sectorielle quand analysées de façon isolée. La recherche sur des expériences nationales, régionales et internationales de discipline du secteur, malgré la révélation de quelques divergences, indique aussi des convergences, surtout en ce qui concerne l'existence d'une préoccupation générale par rapport au fonctionnement de ce secteur dans sa totalité. Il est reconnu que le secteur de télécommunications possède une double caractéristique importante: en plus d'une activité économique spécifique, il est aussi un moyen indispensable au développement de quasiment toutes les autres activités dans la réalité actuelle. En se centrant sur cette deuxième caractéristique, d'après les études réalisées, on indique qu'il existe une finalité sectorielle majeure, qui est: l'achèvement d'un réseau virtuel, compris comme le fonctionnement intégral de tous les réseaux et de tous les services dans le pays ou dans le respectif bloc, indépendamment de la technologie et des opérateurs imbriqués, comme s'il n'y avait qu'un seul réseau interopérable et fonctionnel. Ce sont plusieurs réseaux et différents services concourant dans les marchés qui virtuellement fonctionnent comme un seul réseau accessible à tous. Cette finalité sectorielle étant reconnue en dialogue avec la finalité de la concurrence, on conclut que le droit de la concurrence doit discipliner le secteur en tant qu'activité économique spécifique. En ce qui concerne la finalité de l'obtention du réseau virtuel dans le secteur, avec les implications qu'en découlent, l'utilisation de la réglementation sectorielle paraît plus convenable. Il n'y a pas une formule universelle pour l'incorporation ni pour la normalisation de ces finalités, qui doivent être donc adaptées aux caractéristiques et au système juridique de chaque pays ou bloc, ainsi comme aux respectifs niveaux de développement et de concurrence dans le secteur. L'applicabilité de ce concept de réseau virtuel, en tant que finalité sectorielle, aide dans la résolution des autres questions inhérentes à la discipline des télécommunications, comme rendu évident par les tests réalisés avec l'application du concept en ce qui concerne la forme des relations entre autorités qui influent sur les télécommunications et les discussions englobant la neutralité du réseau.

Mots-clés: Télécommunications, droit de la concurrence, réglementation sectorielle, réseau virtuel.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIR	Avaliação de Impacto Regulatório
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações (Brasil)
ANSEA	Associação de Nações do Sudeste Asiático
BMWi	Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (Alemanha)
BOCRA	Botswana Communications Regulatory Authority (Botswana)
BOFINET	Botswana Fibre Networks (Botswana)
BTC	Botswana Telecommunication's Corporation (Botswana)
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Brasil)
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
COFECE	Comisión Federal de Competencia Económica (México)
DOJ	Antitrust Division of the Department of Justice (EUA)
EILD	Exploração Industrial de Linha Dedicada
EMBRATEL	Empresa Brasileira de Telecomunicações (Brasil)
EUA	Estados Unidos da América
FCC	Federal Communications Commission (EUA)
FTC	Federal Trade Commission (EUA)
FUST	Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Brasil)
GATS	Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (OMC)
GATT	Acordo Geral de Tarifas e Comércio (OMC)
ICC	Interstate Commerce Commission (EUA)
IDI	ICT Development Index (UIT)
IFT	Instituto Federal de Telecomunicaciones (México)
KT	Korea Telecom (Coreia)
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MIIT	Ministry of Industry and Information Technology (China)
MVNO	Mobile Virtual Network Operator
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
OFCOM	Office of Communications (Reino Unido)
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
ORECE	Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas (União Europeia)
OTT	Over-The-Top
PGMC	Plano Geral de Metas de Competição (Brasil).
PGR	Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (Brasil)
PMS	Poder de Mercado Significativo
RIC	Rede Internacional da Concorrência
SUBTEL	Subsecretaría de Telecomunicaciones (Chile)
TELEBRAS	Telecomunicações Brasileiras S.A. (Brasil)
TFUE	Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (União Europeia)
UAT	União Africana de Telecomunicações
UIT	União Internacional de Telecomunicações
UNASUL	União de Nações Sul-Americanas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I. ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO SETORIAL: O CASO DAS TELECOMUNICAÇÕES	25
A. Objetivos	34
A.1 Direito da concorrência	36
A.2 Regulação setorial	59
B. Experiências.....	77
B.1 Nacionais	80
B.2 Regionais e internacionais	124
PARTE II. DEFININDO A FINALIDADE DA DISCIPLINA DO SETOR: A REDE VIRTUAL	153
A. Formulação.....	158
A.1 Rede virtual	159
A.2 Papéis da regulação setorial e do direito da concorrência.....	184
B. Aplicação.....	208
B.1 Relações entre autoridades	210
B.2 Neutralidade de rede	232
CONSIDERAÇÕES FINAIS	257
REFERÊNCIAS	261

INTRODUÇÃO

A presente tese versará sobre as telecomunicações¹. Mais especificamente, pretende-se responder à seguinte indagação: qual deve ser finalidade específica da disciplina² do setor? Com base na resposta obtida a esta questão, pretende-se igualmente responder à indagação subsequente: quais papéis o direito da concorrência e a regulação setorial devem desempenhar nesta disciplina? Assim, a partir da análise das finalidades reconhecidas ao direito da concorrência e à regulação, bem como da investigação de destacadas experiências internacionais, regionais e nacionais de disciplina do setor, espera-se ser possível formular e defender a tese central deste trabalho: o funcionamento do setor como uma rede virtual efetiva

¹ É sabido que, recentemente, tem-se utilizado com maior frequência como denominação do setor expressões como “comunicações eletrônicas”, “tecnologias da informação e das comunicações” ou “tecnologias digitais”. No entanto, tendo em vista que a presente tese investigará, também, experiências históricas de disciplina do setor, a fim de não se adentrar em discussões semânticas e de conceituação e de se evitar divergências terminológicas ao longo de toda a tese, será mantida a referência ao setor de “telecomunicações”, devendo este ser compreendido de uma maneira bem ampla, englobando tais mais recentes expressões. Assim, para fins desta tese, deve-se entender as referências às telecomunicações na conceituação mais antiga de “toda transmissão, emissão ou recepção de sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou outros sistemas eletromagnéticos”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – UIT. *Convênio Internacional de Telecomunicações de Nairóbi*. Anexo II. 1982. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2017. E, igualmente, também devem ser entendidas nas conceituações mais recentes: “‘Rede de comunicações electrónicas’, os sistemas de transmissão e, se for o caso, os equipamentos de comutação ou encaminhamento e os demais recursos que permitem o envio de sinais por cabo, feixes hertzianos, meios ópticos ou por outros meios eletromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas (com comutação de circuitos ou de pacotes, incluindo a internet) e móveis, e os sistemas de cabos de electricidade, na medida em que são utilizados para a transmissão de sinais, as redes utilizadas para a radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida”; “‘Serviços de comunicações electrónicas’, os serviços oferecidos em geral mediante remuneração, que consistem total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão...”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2002/77/CEE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações electrónicas*. Directiva 2002/77/CEE. 16 set. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017. art. 1 (1) e (2).

² Na presente tese será utilizada a expressão “disciplina” de forma ampla e em sentido lato, correspondendo ao conjunto de normas, regras, princípios, regulamentos e outros diplomas e dispositivos do ordenamento jurídico que regem determinado setor. Nesse sentido, a referência à “disciplina do setor de telecomunicações” corresponde, para fins desta tese, ao recorte do ordenamento jurídico de determinado país ou bloco aplicável e que rege o setor, independente do ramo do direito a que se refira, abrangendo, portanto, a regulação setorial, o direito da concorrência e o direito do consumidor, se e naquilo em que forem aplicáveis ao setor. Com esta utilização em sentido mais lato, destarte, busca-se fugir de divergências meramente semânticas ou, ainda, de discussões sobre a possibilidade de reconhecimento da existência de um ramo do direito específico e próprio que seria o “Direito das Telecomunicações”. Tais discussões não se mostram relevantes para a proposta formulada nesta tese. Com efeito, nesta tese, mais do que se buscar qualificações ou catalogações, pretende-se investigar como o Direito, como um todo, deve ser pensado e aplicado ao setor de telecomunicações, a partir do reconhecimento de uma finalidade setorial maior, para o que a utilização de “disciplina”, em sentido mais lato, pareceu ser mais adequada, ao distanciar de discussões semânticas e de mera catalogação. De qualquer forma, para uma discussão acerca da pertinência da adoção da expressão Direito das Telecomunicações, veja-se: RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações: a Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

deve ser a finalidade central específica para a disciplina das telecomunicações, com as consequências que esta compreensão traz para a temática.

A escolha especificamente do setor de telecomunicações como objeto da presente tese decorre da importância que há bastante tempo o tema adquiriu e segue adquirindo no mundo³. Com efeito, o setor de telecomunicações possui importante e peculiar característica dúplice: além de constituir atividade econômica específica de significativo relevo⁴, o setor também se apresenta como um meio pelo qual, atualmente, praticamente todas as atividades (econômicas e sociais) desenvolvem-se⁵.

Esta segunda característica mostra-se ainda mais relevante quando se considera o fenômeno da globalização⁶, ou mesmo as características da sociedade pós-moderna⁷ (ou de uma “segunda modernidade”⁸) e da informação⁹ que vivenciamos. Mormente, em um cenário

³ Para um histórico geral do setor, veja-se: ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11.

⁴ Sobre o porte econômico do setor, veja-se: “It is increasingly difficult to estimate the size of the ICT sector and revenues since the boundaries between telecoms, IT, ICT and Internet are increasingly blurred. Any estimate depends on categories included and excluded as the basis for calculation. Some analysts have estimated 2016 global ICT revenues at EUR 3.98 billion, and growing to EUR 4.46 billion by 2019. Other analysts had projected the size of the broader ‘Internet economy’ at around USD 4.2 trillion by 2016, equivalent to 5.3 per cent of total gross domestic product (GDP) for G-20 economies alone (and up from 4.1 per cent of total GDP in 2010). Recent estimates expect the global information technology (IT) industry market (hardware, software, services and telecommunications) to reach USD 3.8 trillion in 2016, up from USD 3.7 trillion in 2015, with the US market alone accounting for just over one-quarter or over USD 1 trillion. Other forecasts place worldwide IT spending at USD 3.4 trillion in 2016, and growing to USD 3.8 trillion at the current dollar exchange rate by 2020”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017. p. 12.

⁵ Sobre a importância do setor como meio para o desenvolvimento de outras atividades: “At the turn of the millennium telecommunications play a key role for economic prosperity and development for all nations. The importance of telecommunications derives from its supportive role for almost any economic activity. Increasing division of labour on a national and global scale requires an increasing coordination in production and supply of goods and service”. BREITENBUCH, Albrecht von. *Law and economics for landlines telecommunications: liberalization, regulation and deregulation in Germany*. Frankfurt: Lang, 2001. p. 11.

⁶ Para uma compreensão básica do fenômeno da globalização, veja-se: STEGER, Manfred B. *Globalization: a very short introduction*. 3. ed. Gosport: Ashford Colour Press Ltd., 2013. Para uma concepção crítica da globalização, incluindo os bens e males públicos, veja-se: ZOLO, Danilo. *Globalización: un mapa de los problemas*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 2006.

⁷ Sobre a pós-modernidade, veja-se, por todos: JAYME, Erik. *Le Droit International Privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*. *Recueil de Cours*, Haia, Martinus Nijhoff Publishers, v. 282, 2000. p. 9-40.

⁸ Para um conceito de segunda modernidade, ou de modernidade reflexiva, veja-se: BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na nova ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.

⁹ Sobre a sociedade da informação, veja-se “Entende-se que na Sociedade da Informação as tecnologias de comunicação, de computação e de informação, em especial da Internet, servem de base para uma nova indústria de software, de serviços de informação, de mídia e processamento de conhecimentos habilitadores, essenciais a todas as outras indústrias e serviços”. WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento Econômico e Tecnologia da Informação. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 88.

atual marcado pela digitalização total¹⁰, pelos *big data* e *big analytics*¹¹, pelas superplataformas¹² e pela *sharing economy*¹³, que moldam e transformam¹⁴ todos os setores da sociedade¹⁵. Nesse contexto, há crescente necessidade de informações e de comunicações

¹⁰ Sobre os impactos da digitalização total da economia e da sociedade como um todo, veja-se: “Digitalisation places much in question and hardly anything stays the same. The world is being remapped. Digitalisation alters society, economy and politics. It means the comprehensive penetration, networking and change of almost all areas of life and work by information and communication technologies. It stands for the ability to collect and analyze information and turn it into action: into communication, transaction, interaction. As never before, processing steps are now increasingly taking place parallel to each other – in real time. This permits enormous leaps in productivity but also increases the speed of change. Products and services increasingly contain digital value added and are getting ‘smart’ by incorporation into intelligent and networked systems. New business models are arising in the digital environment. Completely new ecosystems with value added chains are being created in which data are an important resource. The use of digital (data) technologies gives rise to new areas of knowledge and industry: we are now seeing data-supported health services (e-health), using data-driven financial services (Fin-Techs) and have the first applications of intelligently networked energy production and supply (smart home)”. FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY. *White paper: digital platforms; digital regulatory policy for growth, innovation, competition and participation*. Berlim: BMWi, 2017. Disponível em: <<http://www.digital.de>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 15.

¹¹ Sobre os conceitos básicos de *big data* e *big analytics* e suas repercussões na sociedade atual, veja-se: “Big Data has various definitions, many of which are broad and inclusive. Although data is varied, we predominantly focus here on personal data, which is generally defined as ‘any information relating to an identified or identifiable individual (data subject).’ Big Data has commonly been characterized by four Vs: the volume of data; the velocity at which data is collected, used, and disseminated; the variety of information aggregated; and finally the value of the data. The use of Big Data and its value have increased with the rise of Big Analytics: the ability to design algorithms that can access and analyze vast amounts of information. Moreover, the introduction of machine learning has propelled performance in this area even further. Recent years have witnessed groundbreaking research and progress in the design and development of smart, self-learning algorithms to assist in pricing decisions, planning, trade, and logistics. The field has attracted significant investment in deep learning by leading market players”. EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 15. Ainda, para um estudo abrangente sobre os impactos do *big data* nos mercados globais, veja-se investigação específica da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), a saber: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. OECD, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

¹² Sobre as características e as implicações do surgimento de superplataformas, veja-se, por todos: EVANS, David Sparks; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of platform business; how one of the oldest business models on Earth powers the most incredible companies in the world*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

¹³ Sobre os impactos da *sharing economy* no âmbito regulatório, veja-se: “Ao lidar com esse fenômeno econômico, governos e agências reguladoras não necessariamente precisam abandonar seus princípios, basta que repensem suas regras. [...] Trata-se de adaptar as regras a uma nova economia, sem abrir mão de princípios jurídicos e econômicos maiores. Certos princípios são tão válidos na *sharing economy* quanto em qualquer outra economia e deveriam ser priorizados sempre que se estudar novas formas de regulação, como a defesa do consumidor contra práticas abusivas e fraudulentas, a defesa da segurança pública, a defesa do meio ambiente, a defesa de garantias trabalhistas e a defesa contra abuso de posições dominantes no mercado”. COUTO, Rainer. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise de *sharing economy*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, mai.-jun. 2017. p. 280.

¹⁴ Um exemplo simples, mas esclarecedor, destas transformações possibilitadas pelas telecomunicações pode ser observado na relação entre as empresas Walmart e Amazon. No ano de 2003, questionava-se se a Walmart não seria poderosa demais, a ponto de prejudicar a concorrência no respectivo mercado. Passados treze anos, em 2016, a Walmart fechou 269 lojas globalmente. Enquanto isso, a Amazon, operando apenas *on line*, cresceu exponencialmente, assegurando parcelas dos mercados até então detidas pela Walmart, ao ponto de, em 2015, o valor de mercado em bolsa de valores da Amazon já superar o da Walmart em mais de setenta bilhões de dólares. Nesse sentido, veja-se: EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 13.

¹⁵ Para uma análise detalhada do poder de transformação de todos os setores da sociedade através das telecomunicações, veja-se, por exemplo: UNIÃO EUROPEIA. *i2010 – A European Information Society for*

seguras, instantâneas e de altíssima qualidade, fortalecendo as telecomunicações como setor básico e fundamental para qualquer país¹⁶.

Este papel fulcral das telecomunicações para todos os setores da sociedade, além de há muito já ser pugnado e defendido em âmbito internacional¹⁷, mais recentemente tem sido reconhecido como essencial para o desenvolvimento econômico e social dos países¹⁸ e para a elevação da qualidade de vida de seus habitantes¹⁹.

Não obstante, desde a década de 1990 já era reconhecida a importância do setor e já havia uma preocupação com o distanciamento entre a realidade das telecomunicações nos diferentes países²⁰. Mesmo assim, ao final de 2017, mais de cinquenta por cento da população

growth and employment. COM(2005) 229. 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

¹⁶ Sobre papel fundamental das telecomunicações para qualquer país: “Note-se que as telecomunicações representam infra-estrutura indispensável às operações comerciais, sejam elas nacionais ou internacionais, na medida em que facilitam os investimentos, aperfeiçoam os serviços ao consumidor e reduzem custos, aumentando a produtividade em todos os setores da economia. Por tais razões, as telecomunicações tornaram-se um setor estratégico para qualquer país – ou grupo de países – que pretenda dotar-se de vantagens comparativas neste próximo milênio”. GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 576. Ainda, no mesmo sentido: “Telecommunications and more generally information and communication Technologies (ICTs) constitute the backbone of our societies. Nothing is more important for the well-being, present and future, of modern societies than getting an efficient web of telecommunications chains and networks. Such a web is essential for social cohesion, productivity gains, innovation and commercialization, and for reaching the highest level of humanist economic growth”. BOYER, Marcel. The measure and regulation of competition in telecommunications markets. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and evolution of the global telecommunications industry*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 109.

¹⁷ Para uma exposição do reconhecimento internacional do papel fundamental do setor, veja-se: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (eds.). *The network society: from knowledge to policy*. Washington: Johns Hopkins Center for Transatlantic Relations, 2005.

¹⁸ Sobre o papel do setor no desenvolvimento econômico e social de cada país: “Telecommunications is essential for economic and social development. Research in the 1960s and 1970s showed that telecommunications services, sometimes regarded as superfluous consumer goods for the rich, were actually used mainly in connection with economic production and distribution activities, delivery of social services, and government administration. They also contribute to the quality of life and to social, political, and security objectives. Where available, telecommunications benefits a broad cross-section of the urban and rural population by income, education, and occupation”. WELLENIUS, Björn; TOWNSEND, David. Telecommunications and economic development. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 559.

¹⁹ Sobre o reconhecimento da importância do setor para a elevação da qualidade de vida dos habitantes na União Europeia, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *i2010 – A European Information Society for growth and employment*. COM(2005) 229. 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017. cap. 1.

²⁰ Sobre as diferenças históricas existentes no acesso às telecomunicações nos diferentes países, veja-se: “Although there has been a dramatic increase in telecommunications investment in the past decade, there are still enormous gaps between the developed and developing world in accessibility to telecommunications, and within the developing world, between urban and rural areas. While there are now almost 50 lines per 100 people in high-income industrialized countries, there is still an average of less than 1 line per 100 in the poorest countries. The gaps are even greater between urban and rural areas. [...] These gaps are even more significant given the fact that more than 50 percent (as much as 80 percent) of the population in the poorest countries live in rural areas”. HUDSON, Heather. Privatization and liberalization in the developing world: the need for innovative

mundial ainda não possuía acesso à internet²¹, o que demonstra continuar a existir enorme disparidade entre as diferentes regiões do mundo.

Acompanhando este relevo que as telecomunicações vêm constantemente adquirindo e os desafios ainda existentes, naturalmente, o adequado estudo acadêmico da temática também se torna relevante. Especialmente diante das sucessivas e constantes reformas que foram observadas no tratamento jurídico do setor, o que vem ocorrendo com incessante fôlego desde a década de 1980²².

Durante um longo período²³, as telecomunicações foram consideradas²⁴ monopólios²⁵ naturais²⁶, em razão dos quais acreditava-se que, necessariamente, uma única empresa poderia

policies and strategies. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 192.

²¹ Conforme estudo conduzido pela União Internacional de Telecomunicações (UIT), ao final de 2017 cerca de 52% da população mundial ainda não contava com acesso à internet. Nesse sentido: “However, some 52% of the world’s population still do not have access to the Internet (ITU, 2017). Despite its widespread proliferation, while men outnumber women in terms of Internet usage in all regions of the world. [...] In terms of connected households, the Broadband Commission’s target aimed to connect 40% of households in developing countries with Internet access (either fixed or mobile). The proportion of households in developing countries with access to the Internet is estimated to have increased from 37.6% in 2015 to 41.1% in 2016 and 42.9% in 2017 (Figure 4). This means that the Broadband Commission target of 40% was achieved in 2016. However, this is a global average, which still masks strong regional disparities in access, with household Internet connectivity rates varying between 18.0% for Africa and 84.2% for Europe in 2017”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *The State of Broadband: Broadband catalyzing sustainable development*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 30 set. 2017. p. 14.

²² Apesar de inúmeras reformas no setor terem sido iniciadas anteriormente, a década de 1980 é indicada como um marco, pois foi quando, nos Estados Unidos da América, a AT&T Inc. (empresa que detinha o monopólio dos serviços, terminais e equipamentos de telecomunicações nos Estados Unidos da América, denominado de *Bell System*) foi desmembrada em sete empresas regionais (denominadas de *Bell Operating Companies*), que passaram a atuar no serviço de telefonia local, continuando a AT&T Inc. a atuar nos demais serviços e nos equipamentos de telecomunicações. Neste sentido, veja-se: KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Publishers, 2001. p. 149.

²³ Para um histórico dos monopólios no setor e suas evoluções, veja-se: WOHLERS, Márcio. A reforma do modelo de telecomunicações: o menu internacional e a opção brasileira. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 44.

²⁴ A existência de monopólio natural no setor, mesmo no passado, é objeto de questionamento. Nesse sentido: “Como bien coincide Haro, el surgimiento de los grandes monopolios en los servicios públicos parece más vinculado a la intervención del Estado que a la validez de la teoría del monopolio natural”. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. 2. ed. Lima: Palestra, 2006. p. 913.

²⁵ Sobre o conceito e as características de monopólio, veja-se: “Nessa estrutura de mercado, apenas um agente econômico comercializa determinado produto e/ou serviço e satisfaz a demanda do mercado, podendo estabelecer, confortavelmente, qual o preço que será praticado e qual a quantidade de produto e/ou serviço que será ofertada ao mercado, na medida em que é este ditado pelo monopolista. Vale notar que, na estrutura monopolista, não há a necessidade do monopolista deter 100% (cem por cento) da divisão de mercado de determinado produto e/ou serviço, sendo suficiente para sua caracterização a existência de um, e apenas um, agente econômico com participação expressiva no mercado, a tal ponto que os demais concorrentes (atomizados) não possuem qualquer influência sobre o preço do produto ou serviço ofertado, não oferecendo concorrência ou ameaça ao monopolista, no que diz respeito a sua participação no mercado”. MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 121.

satisfazer a integralidade da demanda em um país de forma mais satisfatória (em termos de eficiência e de custos) do que se existissem outras empresas concorrentes. Assim, quase que a integralidade dos países, inclusive o Brasil²⁷, manteve o setor (serviços e infraestrutura) sob monopólio público, sendo vedada ou impossibilitada a concorrência.

Posteriormente, contudo, passou-se a vislumbrar a viabilidade da implementação da concorrência no setor e a possibilidade de a sua liberalização transcender os limites que eram normalmente apontados aos regimes monopolísticos. Esta introdução da concorrência no setor, porém, implicaria grandes alterações na sua disciplina, com uma mudança completa na forma como esta, até então, era enfrentada²⁸.

Já tendo se passado tempo razoável desde as primeiras iniciativas de liberalização da concorrência no setor, observou-se um aumento dos estudos e das pesquisas sobre o tema²⁹.

²⁶ Para um conceito de monopólio natural, veja-se: “O monopólio natural corresponde, na maioria das vezes, a uma atividade em que os custos de produção fixos, representados, sobretudo, pela maquinaria, instalações e base territorial, são desproporcionalmente elevados em relação aos custos variáveis. E aí os custos unitários de uma única empresa – em determinado nível absorvível pelo mercado – são decrescentes, à medida que sua produção aumenta, seguindo essa tendência até alcançar toda a produção do mercado. Seus custos, em regime de monopólio, são assim inferiores àqueles em que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois a alta proporção dos custos fixos exige a produção em grande escala e o mercado, somente, absorve a oferta de uma empresa, nesse nível de produção. Seriam, pois, as próprias condições estrutural-tecnológicas desses setores a impedirem a sua organização, em regime de concorrência”. MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 122-123. No mesmo sentido: CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 130.

²⁷ Sobre o período de manutenção das telecomunicações brasileiras sob monopólio público, veja-se: “Os serviços de telecomunicações encontravam-se, até então, submetidos a um regime de exploração monopólica sob a titularidade da própria União Federal, sendo operados, em sua quase totalidade, por intermédio das empresas pertencentes ao Sistema Telebrás. As exceções ficavam por conta de quatro empresas independentes que resistiram à política de integração ao sistema de monopólio federal”. RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações: a Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 21. Em sentido semelhante, veja-se: PEREIRA, Edgard; LAGROTIERA, Eleni. O marco regulatório brasileiro para o setor de telecomunicações e a competição no mercado de telefonia fixa de longa distancia. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 11, n. 3, 2004. p. 127-164; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Lei geral de telecomunicações e direito da concorrência. *Interesse Público*, São Paulo, NOTADEZ, n. 22, 2003. p. 13-25; e CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 11, n. 1, 2004. p. 101-126.

²⁸ Para uma visão ampla das reformas necessárias quando do início da introdução da concorrência no setor, veja-se: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997.

²⁹ No Brasil, são exemplos destes estudos sobre a disciplina do setor monografias premiadas nos Prêmios SEAE 2006 e 2011, a saber: BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; ROCHA, Kátia; MOREIRA, Rafael Henrique Rodrigues. Incertezas, opções reais e a nova orientação regulatória das operadoras de telefonia fixa brasileira: o mark-up sobre o custo de capital. *In: SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. I Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2006*. Brasília: SEAE, 2009. p. 231-272. COSTA JÚNIOR, Alvaro Pereira Sampaio. Judiciário e Regulação Econômica: a judicialização da política tarifária do setor de telecomunicações em 2003. *I Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2006*. Brasília: SEAE, 2009. p. 273-318; TEIXEIRA, Henrique de Andrade. Política Antitruste e Regulação da Concorrência no Brasil: um estudo

Após um período em que as discussões estavam focadas no impactante processo de liberalização da concorrência no setor³⁰, o foco atual está centrado na melhor forma de disciplinar as telecomunicações em uma novel realidade de mercados digitais absolutamente transformados pelas tecnologias, nos quais já foi introduzida, ao menos em parte, a concorrência. Questiona-se se seria necessária e/ou recomendada a manutenção de regulação setorial específica e qual seria a sua extensão. Assim como se investiga a adequação do direito antitruste³¹ para lidar com a realidade atual de mercados digitais e se este necessitaria ser reformulado ou ajustado³². Sob mais esta perspectiva, portanto, mostra-se relevante a

sobre o setor de telecomunicações. *VI Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2011*. Brasília: SEAE, 2011. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE_2011/monografias_premiadas>. Acesso em: 10 out. 2017. Igualmente, dissertações e teses vêm sendo apresentadas abrangendo a temática, como, por exemplo: RODRIGUES, Eduardo Henrique Krueel. *O direito antitruste na economia digital: implicações concorrenciais do acesso a dados*. 2016. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2016. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE*. 2012. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2012.

³⁰ Para exemplos de estudos do processo de liberalização da concorrência nas telecomunicações, veja-se: ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; GOMEZ ALONSO, Adela. Regulación sectorial y derecho de la competencia en la nueva normativa comunitaria de telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 16, parte 3, fev. 2003. p. 200-218; GUTIERREZ, Luis; BERG, Sanford. Telecommunications liberalization and regulatory governance: lessons from Latin America. *Telecommunications Policy*, v. 24, n. 1, 2000. p. 865-884; JUST, Natascha; LATZER, Michael. EU competition policy and market power control in the mediamatics era. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 24, n. 1, 2000, p. 395-411; LEAL, Ana Lucia Palhano. O papel das organizações internacionais no marco regulatório das telecomunicações no Brasil. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 12, jul. 2001. p. 58-67; PERRUCCI, Antonio; CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 21, n. 6, 1997. p. 493-512; URRUTIA, Bernardo. The EU telecommunications sector during the 1990s: liberalisation, regulation and competition policy. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 9, parte 4, fev. 2000. p. 130-141; YU, Liangchun; BERG, Sanford; GUO, Qing. Market performance of Chinese telecommunications: new regulatory policies. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 28, n. 9-10, 2004. p. 715-732; PEHA, Jon. Telecommunications competition in 2010. *Info – The journal of policy, regulation and strategy for telecommunications information and media*, v. 2, n. 2, abr. 2000. p. 199-205; CLEMENTS, Bernard. The impact of convergence on regulatory policy in Europe. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 22, n. 3, 1998. p. 397-205; e MICHALIS, Maria. Local competition and the role of regulation: the EU debate and Britain’s experience. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, n. 1, 2001. p. 759-776.

³¹ Nesta tese, utiliza-se a expressão direito antitruste ou mesmo, diretamente, antitruste, como sinônimo de direito da concorrência. Para uma explicação sobre o termo antitruste, veja-se: “No direito consuetudinário, o trust é uma organização ou acordo por meio do qual a propriedade (incluindo bem imóveis e móveis, tangíveis e intangíveis) é administrada por uma pessoa (ou organização) em favor e benefício de outra. O termo antitrust passou ser sinônimo de direito concorrencial não porque o Sherman Act regulasse o instituto do trust propriamente dito, mas porque uma larga parcela das empresas americanas se valia do trust para ocultar a verdadeira natureza de sua estrutura negocial. Grandes trustes se tornaram sinônimo de monopólios, o que foi compreendido como uma ameaça à democracia e ao livre mercado, daí sua regulação pelo Sherman Act e Clayton Act”. BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, Porto Alegre, UFRGS, v. 9, n. 1, 2014. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

³² Para um exemplo de recente tese abordando, inclusive, a adequação do direito da concorrência para lidar que questão específica da portabilidade de dados, inerente ao funcionamento de mercados digitais, veja-se: CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação ex ante e ex post*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2018. Não obstante, os debates envolvendo a melhor forma de disciplina do setor, especificamente no Brasil, já ocorrem há algum

indagação básica sobre a finalidade específica a ser buscada e que constitui o núcleo da disciplina das telecomunicações, bem como acerca das consequências que decorram desta identificação, inclusive para auxiliar na solução de discussões em temas específicos, que naturalmente surgem neste dinâmico setor.

Entretanto, os estudos e as pesquisas existentes acerca da temática variam e diferem em suas conclusões, especialmente dependendo do país ou do bloco econômico a que se refiram. Cada país, bloco ou região possui peculiaridades³³ e está em um determinado nível de desenvolvimento³⁴, o que impacta a forma atual de disciplina do setor na respectiva jurisdição. Não obstante, ainda que se reconheça que qualquer análise envolvendo a temática deva sempre ser acompanhada da compreensão acerca das peculiaridades do respectivo país ou do processo de integração, tal apenas reforça a necessidade de que os estudos sobre as telecomunicações sejam abrangentes o suficiente para possibilitar uma compreensão ampla das questões envolvidas³⁵, tornando mais factível e embasada a tentativa de identificação de um núcleo para a disciplina das telecomunicações, que facilite a solução de temas específicos do setor. Ademais, tal circunstância também reforça a importância de se iniciar a investigação a partir da identificação da finalidade específica buscada no setor, assegurando, assim, tratamento lógico e coerente a todo o sistema.

Adicionalmente, por vezes, os estudos nas telecomunicações e nos mercados digitais são focados exclusivamente sob o viés do direito da concorrência, sequer havendo um

tempo. Neste sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 162. Em sentido semelhante: RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações: a Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

³³ Especificamente, para uma visão preliminar do modelo da União Europeia de disciplina do setor, que poderiam servir de inspiração para o modelo brasileiro de disciplina das telecomunicações, veja-se: MORAES, Ricardo Leal de. O papel e os limites da defesa da concorrência no setor de telecomunicações: análise da experiência da Comunidade Europeia e contribuições para a realidade brasileira. In: SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *II Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2007*. Brasília: SEAE, 2009. p. 71-121.

³⁴ Sobre a relevância de ser considerado o nível de desenvolvimento do país no estudo da regulação e do direito da concorrência, com foco especial na realidade brasileira, veja-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 52. Em sentido semelhante: MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2006. p. 45.

³⁵ Sobre a relevância do estudo das diferentes experiências de disciplina desta relação entre direito antitruste e regulação, mesmo considerando as peculiaridades de cada país ou bloco, veja-se: “Em primeiro lugar, é preciso levar a termo uma análise, necessariamente genérica e resumida, de como têm sido aplicados o direito antitruste e a regulação nos países que os utilizam como forma principal do controle dos agentes privados no mercado. Esse estudo é necessário não para indicar a conveniência desta ou aquela tendência, mas para descobrir as razões que levaram à sua adoção. Trata-se, como sempre em Direito Comparado, de procura de problemas, e não de soluções”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 136.

consenso consolidado acerca dos objetivos próprios do direito antitruste³⁶. Tal foco, contudo, acaba ignorando o histórico e as peculiaridades do setor, que determinaram a presença de maciça regulação setorial por longo período em praticamente todo o mundo. Outros estudos acabam analisando a relação entre o direito da concorrência e a regulação no setor de maneira separada para um determinado assunto específico³⁷, sem buscar uma compreensão global da disciplina, o que, igualmente, impede a compreensão e a busca de soluções para as telecomunicações como um todo.

Neste contexto, entende-se que a adequada e ampla investigação do setor não pode prescindir da análise aprofundada e própria dos dois pilares históricos da sua disciplina: o direito antitruste e a regulação setorial. Outrossim, especialmente em matéria de regulação e de concorrência³⁸, já é bem reconhecida a importância da utilização do instrumental econômico³⁹, de métodos econométricos⁴⁰ e da teoria dos jogos⁴¹. Ainda que possa se

³⁶ Sobre os diversos objetivos identificados para o direito antitruste, dependendo do respectivo país, veja-se pesquisa conduzida pela Rede Internacional da Concorrência (RIC): “Respondents identified ten different objectives of unilateral conduct laws, regulations, and policies, with all but one member agency identifying more than one objective as relevant to their unilateral conduct regimes. As detailed in Annex A to the Report, these objectives (listed in order of the number of times cited by respondents) include: ensuring an effective competitive process; promoting consumer welfare; maximizing efficiency; ensuring economic freedom; ensuring a level playing field for small and medium size enterprises; promoting fairness and equality; promoting consumer choice; achieving market integration; facilitating privatization and market liberalization; and promoting competitiveness in international markets”. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies*. Moscou: ICN, 2007. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

³⁷ São exemplos de estudos sobre aspecto específico do setor as investigações focadas exclusivamente nas questões relacionadas à interconexão, a saber: KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: A Close Look at Interconnection*. fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017.

³⁸ Sobre a importância da economia em matérias de regulação e de concorrência, especificamente no setor de telecomunicações, veja-se: “In the last few decades, we have seen a continuous increase in the role of economics in competition and regulatory policies. The Commission’s recent ‘Guidelines on market definition and the assessment of Significant Market Power’ for the purposes of ex ante regulation in the electronic communications sector should be seen as a concrete example of incorporation of tested and proven economic theory into standard competition analysis, be it for the purposes of delineating the boundaries of the relevant market or for assessing the existence of single or collective dominance”. MONTI, Mario. Telecommunications and antitrust: introduction. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 5.

³⁹ Sobre a relevância e a amplitude da análise econômica, veja-se: “O que marca o raciocínio econômico é sua análise dos comportamentos humanos e institucional, voltados para determinados objetivos, o que eu definiria como a análise da ação racional em face de objetivos a serem alcançados. Dessa maneira a abrangência da economia é limitada pela natureza da escolha, mas não se restringe ao exame das óbvias consequências financeiras da aplicação da lei. A análise econômica diz respeito às escolhas que os indivíduos fazem na condição de juizes, de pessoas em perigo, litigantes ou advogados em face de danos, diante da lei e outros fatores, tais como custos, renda, etc.”. VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 42.

⁴⁰ Sobre métodos econométricos, veja-se: “Usualmente definido como ‘a aplicação da teoria econômica e de métodos econométricos no exame da formação, estrutura, processos e impacto do direito e das instituições jurídicas’, o movimento de direito e economia, Nicholas Mercuro e Steven Medema registram, ‘desenvolveu-se de um pequeno e esotérico ramo de pesquisa com economia e direito para um substancial movimento que tem

reconhecer que os modelos econômicos não têm o condão de representar de forma absolutamente fiel a realidade⁴², tal não retira a relevância de se considerar o instrumental econômico como mais um subsídio e um elemento relevante a ser considerado para se chegar a conclusões devidamente fundamentadas na matéria, promovendo-se a devida conjugação dos respectivos estudos teóricos, com análises práticas e econômicas da realidade envolvida.

Todas as circunstâncias acima referidas foram relevadas e determinantes para a delimitação do tema, para a definição dos objetivos e para a escolha da metodologia utilizada na presente tese. Como já adiantado, o objetivo precípua desta tese é investigar a existência de uma finalidade específica última e maior para o setor, que constitua um direcionamento para a disciplina das telecomunicações como um todo, com as consequências que esta compreensão trouxer para a temática. Nesse contexto, a finalidade a ser identificada é entendida como um estado almejado, cuja compreensão mostra-se relevante até mesmo para a adequada definição dos princípios e regras a disciplinarem o setor⁴³, bem como para a justificação de decisões jurídicas no setor⁴⁴ e para a solução de casos concretos.

Como há muita divergência no estudo do tema⁴⁵ e considerando que diversas das investigações localizadas acabam focando apenas em parte da disciplina envolvida⁴⁶, ou

auxiliado a ambos, redefinindo o estudo do direito e expondo a economia às importantes implicações do direito”. BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011. p. 16.

⁴¹ A relevância reconhecida aos estudos econômicos e à aplicação da teoria dos jogos ao setor pode ser facilmente constatada pela atribuição do prêmio Nobel de economia do ano de 2014 a Jean Tirole, envolvendo pesquisas sobre o poder de mercado de grandes empresas. Grande parte dos respectivos estudos do autor foi focada justamente na utilização de métodos econométricos e da teoria dos jogos para pautar a aplicação da regulação e do direito da concorrência no setor de telecomunicações. Para uma compreensão preliminar destes estudos, veja-se: TIROLE, Jean. Roundtable discussion: telecommunications and competition. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 260-268.

⁴² Sobre a inadequação de modelos econômicos para descrever a efetiva realidade, por ser esta muito mais complexa e detalhada, veja-se, por todos: BOOKSTABER, Richard. *The End of Theory: Financial Crises, the Failure of Economics, and the Sweep of Human Interaction*. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

⁴³ Adota-se, nesta tese, o paradigmático entendimento bem detalhado por Humberto Ávila acerca desta relação entre a definição de objetivos e o conteúdo normativo de princípios e regras incidentes sobre uma questão. Nesse sentido: “Segundo, os princípios jurídicos não se confundem com o mero estabelecimento de fins: os fins apenas indicam um estado almejado ou uma decisão sobre a realização desse estado desejado, sem que seja estabelecido um dever ser. O estabelecimento de fins por meio de prescrições normativas constitui um princípio, como será analisado”. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, jan.-mar. 1999. p. 165.

⁴⁴ Como bem identificado por Ronald Dworkin, os objetivos podem ser entendidos como políticas públicas (*policies*) que as decisões judiciais utilizam para justificar suas conclusões. Para uma compreensão desta relação entre objetivos e decisões, veja-se: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Bloomsbury Academic, 2013.

⁴⁵ Ao longo desta tese, serão expostos entendimentos conflitantes sobre todos os pontos trabalhados, a evidenciar a divergência aqui apontada. Para um exemplo das discussões existentes na disciplina do setor, veja-se: “Since the late 1990s academics and policymakers have advanced various ideas for fundamental telecommunications

somente em um período de tempo delimitado⁴⁷, ou em um determinado espaço territorial, ou, ainda, como referido, especificamente sobre determinada temática pontual do setor, concluiu-se pela necessidade de um estudo mais abrangente, que parta da busca da finalidade fulcral da disciplina do setor e, então, possa pautar as demais conclusões e construções necessárias para a adequada normatização da disciplina setorial. Assim, com base nesta finalidade e na compreensão dos marcos principiológico, legislativo e jurisprudencial que daí possam decorrer, poderão ser fundamentadamente investigados os papéis que devam assumir o direito antitruste e a regulação setorial nesta disciplina das telecomunicações, inclusive no que se refira à relação a ser mantida entre ambos⁴⁸ e à solução de divergências em temáticas específicas do setor.

A pesquisa foi realizada tanto do ponto de vista teórico, quanto do ponto de vista prático. Em relação ao marco teórico, foram utilizadas obras e artigos específicos sobre o setor, bem como estudos mais amplos das temáticas de direito antitruste e de regulação, utilizando-se, também, de estudos pertinentes à análise econômica do direito. Considerando o espectro territorial mais abrangente das experiências investigadas e da formulação que ora se propõe nesta tese, naturalmente utilizou-se substancialmente obras de autores estrangeiros. Neste sentido, por exemplo, foram privilegiados os autores Pierre Larouche⁴⁹, Cristian

reform in the United States. The immediate challenge for any proposed reform, however, is understanding what's the point of a telecommunications law is in the first place. Communications networks are part of the nation's infrastructure, and a locus of innovation that inspires visions of a better society. Yet the industry also has a long history of competition problems, monopolization and outright corruption that drives a history of regulatory oversight. Over the years the reasons for the law have varied with regulatory fashion. The law today reflects a pastiche of values popular at one time or another, like 'localism,' 'fairness,' 'innovation,' and 'competition'". WU, Tim. Why Have a Telecommunications Law? Anti-Discrimination Norms in Communications. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, v. 5, 2006. p. 17.

⁴⁶ Como é o caso dos estudos focados exclusivamente no direito antitruste em mercados digitais ou de plataformas, tal qual, por exemplo: BLOCKX, Jan. Antitrust in digital markets in the EU: policing price bots. In: RADBOD ECONOMIC LAW CONFERENCE, 9 jun. 2017, Nijmegen. *Papers*, Nijmegen, Radboud University, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2987705>>. Acesso em: 15 jul. 2017. Ainda: SAITO, Leandro. Desafios da intervenção antitruste em indústrias de rede. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, CADE, n. 1, maio 2013. p. 197-220.

⁴⁷ Como é o caso de estudos focados em processos históricos de implementação da concorrência no setor, mas sem uma conclusão propriamente prospectiva da disciplina nas telecomunicações, tal qual, por exemplo: MONTERO PASCUAL, Juan; SOUTO SOUBRIER, Luis. De la desmonopolización a la competencia efectiva: aplicación de la normativa antitrust comunitaria española en el sector de las telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 4, parte 2, ago. 1998. p. 28-59.

⁴⁸ Para uma compreensão preliminar das possibilidades desta relação, veja-se, por todos: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009. p. 29-43.

⁴⁹ Pierre Larouche, autor com foco em direito da concorrência e direito das telecomunicações, que possui obra basilar sobre o tema na União Europeia, a saber: LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000.

Koenig⁵⁰, Damien Geradin⁵¹ e Maurice Stucke⁵². Tal significativa utilização de autores e obras estrangeiros também determinou a referência aos textos em sua língua original, mesmo que estrangeira, a fim de preservar, ao máximo, o correto sentido das obras, bem como a fim de não alongar as já sabidamente extensas referências em notas de rodapé. Não obstante, esta preponderante utilização de literatura estrangeira não impediu que fossem utilizados relevantes obras e autores nacionais, com conhecida e destacada bibliografia em matérias de direito da concorrência, de regulação e de disciplina do setor de telecomunicações. São exemplos⁵³ Paula Forgioni, Calixto Salomão Filho, Alexandre Santos de Aragão, Augusto Jaeger Junior, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Ana Frazão.

Sob o ponto de vista prático, foram analisados os resultados das evoluções da disciplina do setor nas experiências investigadas, bem como os precedentes das respectivas autoridades antitruste e setorial e os principais precedentes judiciais. Ainda, foram tratados os textos das principais normativas que disciplinam o setor nas experiências abrangidas no estudo. Adicionalmente, utilizou-se dos estudos e pesquisas conduzidos pelos principais órgãos internacionais com pertinência à temática⁵⁴, de maneira a possibilitar, inclusive, uma investigação final de aplicação da tese a questões específicas do setor.

Assim, adotando-se o método hipotético-dedutivo, realizou-se aprofundamento da investigação teórica, conciliando-se com a análise de experiências efetivas de disciplina do setor e de resultados concretos observados. A partir de investigação do problema, formulou-se a hipótese central da tese, posteriormente colocada à prova, com a análise de sua possível aplicação a questões discutíveis existentes do setor. A fim de facilitar a compreensão do tema

⁵⁰ Cristian Koenig, autor especializado em estudos relacionados às telecomunicações na União Europeia, igualmente com publicações fundamentais para a compreensão do setor no bloco. Em especial, destaca-se obra básica exaustiva sobre a disciplina do setor, da qual foi um dos organizadores, a saber: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002.

⁵¹ Damien Geradin, autor especializado em direito antitruste e economia, com diversas obras focadas no setor de telecomunicações, inclusive com apreciação de diferentes experiências de disciplina do setor, dentre as quais pode ser destacada, exemplificativamente: GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 518-551.

⁵² Maurice Stucke, autor com obras bem focadas nos objetivos da legislação antitruste, incluindo o setor de telecomunicações e os mercados digitais, como se depreende da seguinte obra: STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 550-629.

⁵³ Todos os autores mencionados nesta introdução, com suas respectivas obras de inspiração e fundamentação deste trabalho, encontram-se devidamente referenciados ao longo da tese e identificados ao final, na bibliografia.

⁵⁴ São exemplos os estudos realizados nas esferas da OCDE, da UIT e da RIC, todos devidamente referenciados ao longo da tese e identificados ao final, na bibliografia.

e de melhor organizar os argumentos apresentados nesta tese, adotou-se o plano francês de trabalho, o que, inclusive, auxiliou na divisão da matéria trabalhada em duas grandes partes, uma voltada para o estudo de pressupostos básicos – de direito da concorrência, de regulação setorial e de experiências de disciplina do setor –, e outra para a formulação, a apreciação e a testagem do que se defenderá nesta tese como a maneira mais adequada de disciplinar o setor.

Na primeira parte, de cunho mais investigativo, o estudo será voltado para os pressupostos mínimos necessários para a elaboração da tese. Inicialmente serão investigados os objetivos que pautam e devam pautar, tanto o direito da concorrência, quanto a regulação setorial. Esta compreensão é imprescindível para que possa ser dado seguimento à investigação da disciplina específica das telecomunicações, historicamente pautada justamente por esta relação entre direito da concorrência e regulação. A partir desta compreensão, serão investigadas as experiências de disciplina do setor com maior representatividade para as pretensões desta tese. Considerando a referida vocação internacional do setor, além de serem analisadas experiências nacionais da sua disciplina, inclusive as observadas no Brasil e nos Estados Unidos da América, também serão investigadas experiências de disciplinas internacionais e regionais das telecomunicações, incluindo os relevantes casos da União Internacional de Telecomunicações (UIT) e da União Europeia.

Compreendidos estes pressupostos básicos relativos ao direito da concorrência e à regulação setorial e analisadas as experiências mais pertinentes de disciplina do setor, adentrar-se-á à definição da finalidade maior específica do setor que se entende que deva pautar sua disciplina. Nesse sentido, inicialmente será formulada a concepção da necessidade de proteção da rede virtual em pleno funcionamento no setor, com a demonstração de que esta deva justamente ser a finalidade específica essencial a ser buscada, o núcleo e o aspecto central e essencial a pautar tal disciplina setorial, com os impactos para o direito antitruste e para a regulação a ser mantida nas telecomunicações. Em seguimento, devidamente formulada a concepção que se entende ser a mais adequada para a disciplina do setor, será testada a sua aplicação, adotando-se como temas específicos para esta tese a relação a ser mantida entre as autoridades pertinentes e a neutralidade de rede.

Cabe destacar que a investigação centrada no setor de telecomunicações e nesta relação entre direito da concorrência e regulação setorial já vem sendo desenvolvida pelo

autor desta tese, tendo sido objeto da respectiva dissertação de mestrado⁵⁵. Contudo, quando da elaboração de tal dissertação, foi necessária uma limitação ao estudo da experiência da União Europeia. Considerando a vocação internacional das telecomunicações⁵⁶ e as diferentes experiências de disciplina do setor (nacionais, regionais e internacionais), ficou evidente, concluindo aquele estudo, que um exame mais aprofundado na busca de um fundamento central da disciplina demandaria a significativa ampliação territorial das experiências investigadas. Ademais, ao finalizar tal dissertação de uma forma mais genérica e empírica⁵⁷, também foi possível constatar ser indispensável um estudo teórico mais adequado da própria fundamentação do direito antitruste e da regulação setorial, a fim de, primeiro, ser recuperada a finalidade maior da disciplina do setor e, assim, ser possível uma fundamentada e coerente delimitação dos papéis que antitruste e regulação devam assumir. Justamente por tais motivos é que a presente tese promove pesquisas aprofundadas acerca das finalidades reconhecidas ao direito antitruste e à regulação setorial, bem como amplia a base territorial de experiências investigadas para muito além do caso específico da União Europeia. Sem falar que desenvolve, de forma fundamentada, a concepção da rede virtual como finalidade específica maior a orientar o núcleo central da disciplina do setor.

Como destacado, esta tese pretende inovar ao realizar uma análise ampla, fundamentada e específica das telecomunicações, preconizando, de forma direta e clara, que a concepção de rede virtual deva pautar e dar coerência a toda disciplina jurídica do setor. Assim, de forma que se acredita ser inédita e original, propõe-se que o funcionamento efetivo da rede virtual deva ser o objetivo principal e específico, a definir e conformar o núcleo e a parte central de qualquer perspectiva de disciplina do setor, em seus aspectos principiológico, legislativo e jurisprudencial. Sem que tal impeça, porém, os ajustes e as adequações à realidade de cada experiência, atribuindo uma solução jurídica definitiva à constante discussão acerca da aplicação do direito da concorrência e da regulação no setor.

⁵⁵ A saber: MORAES, Ricardo Leal de. *Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia: evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor*. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2012.

⁵⁶ Sobre a vocação internacional das telecomunicações: HOLMES, Peter; KEMPTON, Jeremy; MCGOWAN, Francis. *International competition policy and telecommunications. Lessons from the EU and prospects for the WTO. Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 20, n. 10, 1996. p. 755-767.

⁵⁷ Ao final da aludida dissertação foi possível meramente apresentar perspectivas preliminares para o futuro próximo da disciplina do setor na União Europeia, não sendo possível se extrair conclusão mais precisa e central para a temática. Veja-se: MORAES, Ricardo Leal de. *Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia: evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor*. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2012. p. 123.

Destarte, ao final, espera-se ser possível fundamentadamente embasar a pretendida conclusão de que o funcionamento da rede virtual deva ser considerado a finalidade específica nuclear da disciplina das telecomunicações, com os respectivos ajustes e adequações, se estes se fizerem necessários, de acordo com a experiência de disciplina envolvida. Com isso, pretende-se demonstrar os espaços que devam ser reconhecidos ao direito antitruste e à regulação setorial no setor, bem como a espécie de relação que deva existir entre ambos. Ainda, a fim de não manter a investigação e as implicações que decorram deste trabalho exclusivamente no plano teórico, testar-se-á a aplicação da tese em temas específicos, tendo sido escolhidas as questões relativas à repartição de competências entre autoridades e à neutralidade de rede, para verificar como a utilização da proposta de rede virtual enquanto finalidade contribuiria para a solução de discussões concretas.

PARTE I. ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO SETORIAL: O CASO DAS TELECOMUNICAÇÕES

Esta tese tem como objetivo identificar a finalidade central específica para a disciplina das telecomunicações e as consequências que esta compreensão traga para a temática, inclusive para fins de definição dos papéis que o direito da concorrência e a regulação setorial devam desempenhar nesta disciplina. Este capítulo, em particular, dedica-se à análise dos pressupostos mínimos necessários para a formulação proposta nesta tese, envolvendo o direito da concorrência, a regulação e as diferentes experiências de disciplina do setor.

Considerando que, historicamente e na maioria dos países, a disciplina do setor foi pautada por incisiva regulação setorial, com gradual aplicação do direito da concorrência, para se identificar a aludida finalidade específica de tal disciplina, primeiramente busca-se investigar os objetivos reconhecidos ao direito da concorrência e à regulação setorial, assim como se investiga as experiências de disciplina do setor – internacionais, regionais e nacionais – com maior pertinência ao estudo aqui proposto. Com base nos pressupostos desenvolvidos neste capítulo, será possível, de forma fundamentada, prosseguir com a investigação do capítulo seguinte, focada na busca de uma finalidade fulcral da disciplina do setor, com as consequências jurídicas e normativas que daí decorram, inclusive no que se refira à aplicação da regulação setorial e do direito da concorrência, às relações entre autoridades e à solução de divergências em questões concretas, como é o caso da neutralidade de rede.

Como destacado, à exceção, principalmente, dos Estados Unidos da América⁵⁸, prevalecia em praticamente todo o mundo um modelo de monopólios públicos no setor, em que os próprios Estados mantinham a infraestrutura necessária e se encarregavam de prestar diretamente os serviços de telecomunicações. Nesta realidade, os Estados normalmente assumiam as funções de prestar os serviços e de regular os monopólios, em busca de objetivos previamente determinados (como, por exemplo, interesses dos consumidores, modicidade de tarifas e universalização dos serviços⁵⁹), sem qualquer foco do ponto de vista concorrencial.

⁵⁸ Para maiores detalhes sobre o regime de monopólio privado historicamente mantido nos Estados Unidos da América, veja-se, por todos: KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Publishers, 2001. p. 149.

⁵⁹ Sobre universalização de prestação de serviços no setor, veja-se: “Obrigação de universalização é a que objetiva possibilitar o acesso de qualquer pessoa aos serviços de telecomunicações, independentemente de sua localização geográfica ou condição socioeconômica, bem como a que decorre de utilização das

Não obstante, com o passar dos anos, uma conjunção de fatores e circunstâncias começou a desconstituir este entendimento acerca da existência de monopólios naturais no setor. Em síntese, observou-se: (i) aumento significativo de demanda não atendida pelos monopólios, (ii) necessidade de grandes investimentos em novas redes, (iii) sucessão de inovações tecnológicas⁶⁰ (como digitalização das redes e dos serviços, utilização de fibras óticas e massificação e barateamento da utilização de micro-ondas e de satélites), (iv) convergências em sequência (entre as telecomunicações e a informática⁶¹, com a posterior integração da mídia⁶²), (v) desenvolvimento de infraestruturas alternativas no setor⁶³, (vi) fortalecimento da globalização, (vii) reorganização das economias nacionais, (viii) consolidação do entendimento de que a introdução da concorrência no setor poderia auxiliar na redução de preços e na melhoria da qualidade dos produtos e serviços⁶⁴, dentre outros fatores.

telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”. ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 48. Sobre o significado do serviço universal de forma mais ampla, não apenas nas telecomunicações, veja-se: TAPIA, Jorge Ruben Biton; DALMAZO, Renato. O significado do serviço universal frente à liberalização das telecomunicações e à sociedade da informação. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 75.

⁶⁰ Sobre a contribuição das inovações tecnológicas para a superação do entendimento acerca dos monopólios naturais no setor, veja-se: “O desenvolvimento tecnológico, tratado alhures, derrubou a teoria do monopólio natural dos serviços de telecomunicações, pois agora, por exemplo, pode-se transmitir a telefonia por radiofrequência, reduzindo sobremaneira os custos de instalação de uma rede”. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 301.

⁶¹ A primeira fase de convergência tecnológica no setor gerou o que alguns autores denominam de *telematics*. Neste sentido: LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 236.

⁶² Sobre as implicações econômicas da convergência entre audiovisual, informática e telecomunicações, veja-se: HERSCOVIVI, Alain. Convergências tecnológicas e sistemas de rede: uma análise econômica. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 153. A segunda fase de convergência tecnológica no setor gerou o que alguns autores denominam de *mediamatics*. Neste sentido: LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 236.

⁶³ Infraestruturas alternativas são entendidas como aquelas que não as de telefonia fixa preexistentes e cujo funcionamento não mais dependeria, necessariamente, das redes existentes e então sob o domínio e a exploração exclusivos das antigas monopolistas. Seriam, por exemplo, estruturas de redes sem fio ou de novas redes baseadas em fibra ótica. Neste sentido: LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 15.

⁶⁴ No sentido de que a introdução da concorrência poderia contribuir para a melhoria do setor, veja-se: GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 580; LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. XXXVI; BRAUN, Jeans-Daniel; CAPITO, Ralf. The emergence of EC telecommunications law as a new self-standing field within community law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 51-70; JASINSKI, Piotr. Competition rules and regulations in telecommunications. The case of Poland’s intent to join the EU. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. International

Conjuntamente com estas transformações que atingiram – e seguem atingindo – o setor, tal modelo foi transformado de maneira quase que global, com o rompimento dos monopólios e com a introdução de regimes de concorrência. Diversos países⁶⁵ implementaram reformas na disciplina do setor, com vistas à superação dos regimes monopolistas até então adotados. No âmbito internacional, igualmente foram adotadas medidas⁶⁶ para viabilizar o funcionamento do setor independentemente das fronteiras físicas dos Estados. Processos regionais e de integração econômica introduziram reformas, alterando significativamente a disciplina interna do setor, normalmente visando a algum grau de uniformização entre os seus respectivos Estados-membros.

Em realidade, tais transformações observadas na disciplina do setor de telecomunicações são, também, um reflexo das transformações que a própria noção de Estado e sua atuação no campo das atividades econômicas sofreram ao longo dos anos. Não se objetivando adentrar em profundas digressões históricas neste tocante⁶⁷, observa-se que, desde uma ordenação moral da economia, passando por uma ordenação natural e um sistema

developments. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 128; PERRUCCI, Antonio; CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 21, n. 6, 1997. p. 493; BOURREAU, Marc; DOGAN, Pinar. Regulation and innovation in the telecommunications industry. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, n. 1, 2001. p. 167-184.

⁶⁵ Para um histórico dos países que iniciaram estas reformas, incluindo Estados Unidos da América, Japão e Reino Unido, veja-se, por todos: DABLER, Thoralf; PARKER, David; SAAL, David. Economic performance in European telecommunications, 1978-1998: a comparative study. *European Business Review*, v. 14, n. 3, 2002. p. 194. Sobre outros países que, na sequência, também fizeram movimento de reforma na disciplina do setor, vejamos: WU, Irene. Canada, South Korea, Netherlands and Sweden: regulatory implications of the convergence of telecommunications, broadcasting and internet services. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 28, n. 1, 2004. p. 79-96. URE, John; VIVORAKIJ, Araya. Privatization of telecoms in Asia. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. International developments. Westport: Praeger Publishers, 1997. BEKER, Victor. *La telefonía en la Argentina: de la privatización a la desregulación*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2001. XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁶⁶ Um exemplo destes esforços internacionais é o Anexo sobre Telecomunicações, celebrado perante a Organização Mundial do Comércio, que contemplou a liberdade de concorrência nas telecomunicações e previu compromissos específicos para os Estados signatários que desejaram assumi-los. Neste sentido, veja-se: FIORATI, Jete Jane. *As telecomunicações nos direitos interno e internacional: o direito brasileiro e as regras da OMC*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 120.

⁶⁷ Por não ter implicações diretas e fundamentais para esta tese, ora não se pretende realizar uma investigação profunda do papel do Estado no campo das atividades econômicas, mas apenas destacar, muito brevemente, que a transformação nesta forma de atuação também impactou – e ainda impacta – na disciplina do setor de telecomunicações. Para um estudo mais detalhado sobre as transformações do Estado em sua atuação no campo das atividades econômicas, veja-se: ARINO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. 3. ed. amp. Granada: COMARES, 2004. Para um aprofundamento especialmente no que se refere às consequências destas transformações na aproximação entre o direito e a economia, inclusive com a análise das principais Escolas que se detiveram neste estudo, veja-se: SCHNEIDER, Andressa Caroline. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2016.

baseado em liberdades, seguiu-se o Estado liberal⁶⁸, com a posterior transição⁶⁹ para o Estado social⁷⁰ e as mais recentes transformações consolidando um Estado regulador (com questionamentos sobre eventual Estado pós-social⁷¹). Assim, adotando-se tradicional classificação em três modalidades de intervenção do Estado na economia⁷², observou-se clara

⁶⁸ Sobre a função do Estado dentro da concepção do Estado liberal, veja-se: “A função primordial do Estado era a harmonização dos conflitos, com o direito viabilizando a fluência das relações de mercado (‘livre mercado’). Nas palavras de Comparato, o Estado é o árbitro do respeito às regras do jogo econômico ou, como quer Grau, o produtor do direito e o provedor cláusula de segurança”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 64.

⁶⁹ Para uma visão detalhada desta transição, veja-se, por todos: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

⁷⁰ Sobre a superação do Estado liberal e o advento do que também se denominou de Estado pós-liberal, veja-se: “Com o advento do Estado pós-liberal, a partir da guerra de 1914-1918, a qual representou uma verdadeira censura histórica, tornou-se incontestável que toda organização política tende à realização de certas finalidades gerais, impostas a todos os que vivem no território do Estado; e para a realização desses objetivos públicos, não pode haver separação entre a esfera estatal e a privada. Tanto as pessoas privadas, quanto os poderes públicos, são obrigados a dirigir suas atividades em vista dos fins superiores, estabelecidos na Constituição. Como se percebe, a função primordial do Estado liberal consistia na produção do Direito, por meio da edição de leis; enquanto que a função primordial do Estado pós-liberal passou a ser a produção de políticas ou programas de ação. No primeiro caso, o Direito apresentava um caráter meramente declaratório da ‘ordem natural das coisas’; no segundo, ele se torna um instrumento de consecução de fins, ou seja, assume o caráter de norma técnica. A própria lei perde a majestade tradicional de uma declaração de princípios, para se apresentar, muita vez, como simples medida ou providencia de conjuntura: são as *Einzelfall- und Massnahmegesetze*”. COMPARATO, Fábio Konder. *Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, RT, v. 6, 2011. p. 405.

⁷¹ Transformações recentes que já trazem questionamentos sobre a possibilidade de existir um Estado pós-social ou, ainda, pós-moderno. Nesse sentido, veja-se: CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁷² Conforme preconizado por Eros Roberto Grau, as três modalidades de intervenção do Estado seriam: (a) por absorção ou participação, (b) por direção e (c) por indução. Nesse sentido: “Afirmada a adequação do uso do vocábulo intervenção, para referir atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito (‘domínio econômico’), reafirmo a classificação de que tenho me valido, que distingue três modalidades de intervenção: intervenção por absorção ou participação (a), intervenção por direção (b) e intervenção por indução (c). No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá, então, por absorção ou participação [...]. No segundo e no terceiro casos, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, isto, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como regulador desta atividade. Intervirá, no caso, por direção ou por indução. Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. No caso das normas de intervenção por direção estamos diante de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram. Norma típica de intervenção por direção é a que instrumenta controle de preços, para tabelá-los ou congelá-los. No caso das normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deonticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa, no de ‘levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual’. Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite – ou, como averba Washington Peluso Albino de Souza – de ‘incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada ou não pelo Estado’”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 142.

transição⁷³ do Estado produtor, intervindo no domínio econômico por absorção, para o Estado regulador⁷⁴, intervindo sobre o domínio econômico⁷⁵ por direção e por indução⁷⁶, notadamente implementando políticas públicas. Em sentido semelhante, mas se utilizando de

⁷³ Trata-se de transição gradual, não ocorrendo de forma radical e absoluta. Nesse sentido: “A afirmação de que até o momento neoconcorrencial ou ‘intervencionista’ estava atribuída ao Estado a função de produção do Direito e segurança – bem assim a de que o Direito deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas – não deve ser tomada em termos absolutos. O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas o seu modo de atuar, inicialmente voltado à constituição e à preservação do modo de procuração social capitalista, posteriormente à substituição e compensação do mercado”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 17.

⁷⁴ Sobre a transição do Estado produtor para o Estado regulador, veja-se: “As transformações ocorridas nos últimos anos (de forma acentuada no Brasil, mas igualmente em vários países do continente europeu que guardam muita semelhança com nossa tradição de intervenção estatal e de estrutura jurídica) apontam para uma redução da intervenção direta e do incremento de uma nova forma de intervenção, substancialmente distinta daquela acima divisada. Tem lugar entre nós o fortalecimento do papel regulador do Estado em detrimento do papel do Estado produtor de bens e serviços. A atividade estatal de regulação não deixa de ser uma forma de intervenção estatal na economia, porém uma forma de intervenção que nos seus pressupostos, objetivos e instrumentos difere substancialmente da intervenção direta no domínio econômico”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 31. Ainda: “Não se trata, pois, de eliminar a intervenção do Estado no domínio econômico, nem de negar as conquistas até então obtidas pelo modelo do *Welfare State*. Tampouco significa um mero retrocesso ao liberalismo econômico. O Estado Regulador implica, isto sim, alteração dos instrumentos através dos quais o Estado intervém para alcançar os objetivos consagrados pelo Estado Democrático de Direito. Efetivamente, ‘o ideário do Estado de Bem-estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental. As novas concepções acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderante (senão isolada) dos organismos públicos’”. NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 66.

⁷⁵ Sabendo-se da dificuldade da própria conceituação de domínio econômico, ordem econômica ou, mesmo, de riqueza. Nesse sentido: “A idéia de ordem econômica (*Wirtschaftsordnung*) pressupõe a possibilidade lógica de se distinguirem as normas jurídicas de conteúdo econômico de todas as demais. Essa possibilidade, no entanto, é muito discutível, se se levar em conta que, até hoje, ninguém ainda conseguiu definir, precisamente, em que consiste a matéria econômica. Todos concordam, sem dúvida, com o fato de que a economia tem a ver com a produção e a distribuição da riqueza, a formação de preços, a determinação da renda nacional e o nível de emprego. A dificuldade principia, porém, quando se pensa que o próprio conceito de ‘riqueza’ – básico na história do pensamento econômico (lembre-se o título da célebre obra de Adam Smith) – tem evoluído e compreende hoje, além dos bens materiais, certos bens culturais, ademais de condições sociais de vida, tais como a educação, a saúde ou a segurança pública. Ora, essa riqueza imaterial é geralmente considerada como resultante de políticas sociais e não propriamente de decisões econômicas *stricto sensu*”. COMPARATO, Fábio Konder. *Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, RT, v. 6, 2011. p. 404.

⁷⁶ O que impactou na própria definição do direito, também focado em direção social. Nesse sentido: “Do ponto de vista funcional, uma vez individualizada a categoria promocional, não mais pode ser definido como uma forma de controle social. O conceito de controle é perfeitamente adequado se continuarmos a considerar o direito na função tradicional de proteção-repressão. Torna-se, ao meu ver, menos adequado se levarmos em conta, igualmente, a função promocional. A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. Isso pode ser obtido, preferencialmente, por meio da técnica das sanções positivas e dos incentivos. Podemos dizer que a consideração do direito como ordenamento diretivo parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, o qual deve ser estimulado, provocado, solicitado. Creio, portanto, que hoje seja mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como uma forma de controle e de direção social”. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007. p. 79.

classificação mais hodierna⁷⁷, migrou-se de um intervencionismo estatal direto, para um indireto, com a atuação estatal influenciando a ação dos atores privados.

Ainda, avançou-se para a própria crise do Estado⁷⁸, notadamente com os desafios e problemas que decorrem de um mundo globalizado⁷⁹. Por um lado, observam-se movimentos e cenários que apontam para mais internacionalização dos Estados, com processos de regionalização e europeização de direitos⁸⁰, fortalecimento de órgãos intergovernamentais e expansão de sistemas privados de governança da atividade econômica⁸¹. Por outro lado, porém, também são observados movimentos e cenários que apontam em sentido oposto, para o fortalecimento de protecionismos e do Estado tradicionalmente considerado⁸², inclusive com aplicação extraterritorial unilateral de legislações nacionais⁸³.

⁷⁷ Para a compreensão desta classificação da intervenção estatal em direta e indireta, veja-se: “O fato é que podemos distinguir, com finalidade muito mais didática do que doutrinária, o *intervencionismo estatal direto* do *indireto*. Por óbvio que a intervenção clássica do Estado (produção de utilidades públicas) sempre se deu de forma direta. Desde o momento em que se abandonou a perspectiva liberal do *Estado Gendarme* tivemos a atuação dos próprios entes estatais no domínio econômico. [...] Porém, paralelamente a este *intervencionismo direto*, podemos identificar outra ordem de intervenção estatal no domínio econômico, que designaríamos de *intervencionismo indireto*. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 74.

⁷⁸ Para um resumo das características inerentes a esta crise do Estado e das consequências que esta pode proporcionar, veja-se, por todos: FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷⁹ Sobre as implicações da globalização para a crise do Estado, veja-se: ZOLO, Danilo. *Globalización: un mapa de los problemas*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 2006.

⁸⁰ Para um detalhamento sobre processos de regionalização e, em especial, de europeização de direitos, veja-se, por todos: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado*. Curitiba: Juruá, 2012.

⁸¹ Sobre cenários de maior internacionalização, a partir da crise do Estado, veja-se: “O terceiro cenário é o de um direito mundial produzido basicamente por entidades internacionais, órgãos intergovernamentais e organismos supranacionais. Este é o cenário de uma governança à ‘margem’ ou ‘exterior’ ao direito positivo tradicional, de uma pirâmide jurídica sistematicamente autônoma com relação aos poderes públicos, de formas regulatórias estranhas às tradicionais formas de intervenção estatal do direito positivo. [...] O último cenário é o da expansão dos sistemas privados de governança da atividade econômica, sem colisão com o direito positivado pelo Estado. Dito de outro modo, este é o cenário da proliferação de regimes normativos que operam no âmbito de diferentes demarcações espaciais e funcionais, onde nenhum é dominante nem, muito menos, incompatível com a ordem jurídica estatal”. FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

⁸² Sobre cenários de maior fortalecimento do Estado, tradicionalmente considerado, a partir da sua crise, veja-se: “Em perspectiva diametralmente oposta e bastante cética com relação a hiperglobalização, o segundo cenário é o de expansão das legislações nacionais. Ele se baseia na ideia de que somente a intervenção controladora e reguladora dos governos atenderia às demandas de emprego e bem-estar social num período de acentuado desequilíbrio financeiro, por um lado, e permitiria restabelecer o equilíbrio entre as perspectivas de curto e longo prazo em matéria de políticas públicas e planejamento econômico, por outro”. FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47.

⁸³ Para um maior detalhamento sobre a aplicação extraterritorial unilateral de legislações nacionais, inclusive no direito da concorrência, com a denominada teoria dos efeitos, veja-se, por todos: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência. Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

Tais transições impactaram a maioria dos setores essenciais dos Estados⁸⁴ e, como referido, foram especialmente sentidas no setor de telecomunicações. O Estado produtor (monopolístico, em regra) deu espaço ao Estado regulador, de maneira que o direito da concorrência e a regulação adquiriram mais relevo como instrumentos⁸⁵ para intervenção estatal indireta sobre o domínio econômico⁸⁶, implementando políticas públicas e conformando os mercados⁸⁷, sendo diretamente influenciados, igualmente, por organismos e instrumentos regionais e internacionais.

Assim, nesta concepção de Estado, e ainda com maior pertinência no setor de telecomunicações, pelo seu referido histórico, o direito da concorrência e a regulação aparecem como pilares básicos da respectiva disciplina⁸⁸, tanto em âmbito nacional, quanto

⁸⁴ Sobre a evolução do reconhecimento da possibilidade de concorrência nos setores essenciais, superando-se a produção monopolística do Estado, veja-se: “Fortaleceu-se a caracterização do serviço público como espécie de atividade econômica, propugnando-se que, senão em todas, pelo menos em muitas das atividades até então submetidas a este regime, a instalação da concorrência – prestação por mais de uma empresa, com maior liberdade de entrada no mercado – fosse não apenas possível, mas até mesmo aconselhável do ponto de vista dos direitos individuais e sociais a serem perseguidos”. ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

⁸⁵ Sobre o direito da concorrência como instrumento de intervenção, veja-se: “A atuação do Estado a que nos referimos (e também a influência da disciplina pública no comportamento dos agentes econômicos privados) é comumente chamada de intervenção estatal. Não se disse pouco sobre a ambiguidade dessa expressão e sobre as inúmeras palavras para identificar esse fenômeno. Para nós, entretanto, importa notar que muitas vezes a atuação do Estado sobre a economia (‘intervenção’) é efetuada mediante utilização de norma destinada a tutelar a livre concorrência entre os agentes ou reprimir o abuso do poder econômico, ou seja, uma norma antitruste. Dentre as técnicas de organização dos mercados, colocam-se, então, as normas destinadas a regular a concorrência entre os agentes econômicos e o abuso do poder econômico. Ora, vista sob esse novo ângulo, a análise contemporânea das normas antitruste não pode prescindir de sua consideração como uma técnica, como um instrumento de que lança mão o Estado para dar concreção à determinada política pública”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83.

⁸⁶ Sobre a aquisição de relevo do direito econômico neste contexto, veja-se: “O novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja este centralizado ou descentralizado. Frequentemente, tais técnicas são coordenadas num quadro geral que exprime o conjunto da política econômica, e que é o plano”. COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 16, n. 923, 2012. p. 43.

⁸⁷ Destacando que os mercados são instituições jurídicas, veja-se: “O mercado é uma instituição jurídica. Dizendo-o de modo mais preciso: os mercados são instituições jurídicas. [...] A exposição de Natalino Irti é incisiva: o mercado não é uma instituição espontânea, natural - não é um locus naturalis - mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando com fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é um locus artificialis”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 27.

⁸⁸ Reconhecendo as transformações na disciplina jurídica de setores essenciais inerentes à mencionada reestruturação do Estado, veja-se: “No bojo dos processos de reestruturação do Estado (privatização, nova regulação estatal, etc) surge a necessidade de novos enfoques na exploração de atividades econômicas antes monopolizadas pelo poder público. Exemplo disso é o foco que o direito do consumidor e o direito econômico passam a dar sobre a prestação de serviços públicos. Questões que antes eram analisadas predominantemente sobre o estrito campo do direito administrativo passam agora a ser vistas também sobre o prisma do direito da concorrência”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 8, jan. 2001. p. 97.

em âmbitos regional e internacional. Em que pese tradicionalmente⁸⁹ sejam apontadas diferenças básicas entre o direito da concorrência e a regulação⁹⁰, há espaços de cruzamentos e sobreposições⁹¹. Por decorrência, é bem reconhecida a necessidade de delimitação dos espaços de cada temática⁹² e, inclusive, de sua adequada articulação⁹³ em uma economia de

⁸⁹ Para uma tradicional diferenciação entre o direito da concorrência e a regulação e entre suas autoridades, veja-se: “Autoridades reguladoras e concorrenciais têm objetivos gerais semelhantes e atrelados a ‘preços baixos e economicamente eficientes, inovação e métodos eficientes de produção. Seus instrumentos, no entanto, são bastante distintos: enquanto as autoridades de regulação econômica costumam agir por meio de um controle direto sobre preços, quantidades, acesso ao mercado (condições de entrada e saída) e qualidade dos serviços prestados, os órgãos de defesa da concorrência almejam promover tais finalidades de forma indireta, por meio ‘da preservação de um processo que tende a efetivá-los’. A regulação tem, assim, uma abrangência mais ampla, já que possui aspiração redistributiva e conformadora de novos mercados, enquanto a tutela da concorrência encontra-se normalmente associada à repressão a desvios praticados por agentes econômicos com posição dominante no mercado. São funções típicas da regulação a definição de pautas de comportamento, a transmissão de informações que facilitem a orientação dos agentes e a persecução de objetivos de políticas públicas, tais como a exigência de padrões mínimos de qualidade e segurança no fornecimento de determinados bens e serviço, a imposição de metas de universalização, além de, sem situações limites, poder vir a substituir o mercado na definição do preço a ser cobrado pelo ofertante. [...] A defesa da concorrência, por sua vez, associa-se mais à proteção do processo dinâmico do funcionamento do mercado e, apenas nessa perspectiva, possui uma finalidade (não desprezível, logicamente) de melhor alocação dos recursos escassos e alguma redistribuição entre fornecedores e adquirentes”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71.

⁹⁰ Sobre as diferenças entre o direito da concorrência e a regulação, veja-se: “Em termos bem simples, a diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativa costuma chamar de atos de controle e de fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restringe ao controle, mas à verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37. Em sentido semelhante: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 159-189.

⁹¹ Sobre espaços de cruzamentos e sobreposições entre o direito da concorrência e a regulação, veja-se: “Dessa forma, no exato sentido do termo, o direito da concorrência – pelo menos na medida em que ele sanciona os comportamentos anticoncorrenciais ou proíbe os incentivos estatais – não adota uma perspectiva de regulação, visto que se trata apenas de reconduzir, de forma casuística, os comportamentos irregulares para a lei da oferta e da procura. Por outro lado, encontram-se mecanismos no interior mesmo do direito da concorrência que decorrem de procedimentos de regulação, pois se trata de construir e de manter organizações econômicas não espontâneas e não perenes pela sua própria força. Assim a teoria das instalações essenciais que organiza (ainda que *ex post*) o acesso de terceiros às redes de infraestrutura monopolizadas é uma maneira jurisprudencial de se chegar a um sistema de regulação. A mesma constatação pode ser feita a respeito do controle de concentração, dependendo da função que lhe é atribuída. Se ele é concebido apenas em termos de prevenção de futuros comportamentos anticoncorrenciais, esse controle é uma forma de proteção antecipada do livre funcionamento do mercado competitivo; mas também é possível considerar tal controle como uma construção do mercado realizada no momento de uma de suas mudanças estruturais, o que o coloca ao lado da regulação”. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Fórum, ano 3, n. 9, jan.-mar. 2005. p. 210.

⁹² Sobre a importância da delimitação do conceito e dos espaços destinados ao direito da concorrência e à regulação, veja-se: “Considerar regulação como a moldura jurídica criada para compatibilizar a concorrência com outros princípios levanta imediatamente o problema dos espaços e limites da concorrência dentro dos setores regulados. [...] As medidas comportamentais buscam, em suma, nivelar as oportunidades e reduzir as vantagens detidas pelas empresas incumbentes. No momento de abertura à competição, essas antigas empresas monopolistas tendem a desfrutar de posição dominante nos mercados, além de deterem uma marca consolidada, capacidade instalada e base de clientes formada. Embora as entrantes provenham de grupos privados financeiramente fortes e gerencialmente hábeis, elas tendem a entrar no mercado em alguma desvantagem

mercado, especialmente no setor de telecomunicações, repita-se, que historicamente foi pautado pela regulação, com gradual aplicação do direito da concorrência.

Contudo, para que seja possível a análise do espaço que deva ser reservado ao direito da concorrência e à regulação na disciplina do setor de telecomunicações no referido contexto atual de Estado, inclusive para se investigar se ainda é necessária a manutenção de regulação setorial⁹⁴, mostra-se indispensável melhor compreender o direito da concorrência e a regulação, bem como investigar as diferentes experiências de sua aplicação na disciplina do setor.

Nesse sentido, como adiantado, a seguir serão investigados os objetivos reconhecidos ao direito da concorrência e à regulação setorial, para se compreender sua adequação para a disciplina do setor. Em seguimento, serão analisadas as experiências – nacionais, regionais e internacionais – de disciplina do setor com maior pertinência para a tese aqui proposta. Devidamente compreendidos tais pressupostos, será possível promover a investigação acerca da existência de um núcleo para a disciplina do setor, a partir da identificação da sua finalidade maior, com as consequências que daí decorrerão no que se refira à aplicação do direito da concorrência e da regulação, à relação entre autoridades e ao enfrentamento de temáticas específicas do setor.

competitiva, o que pode tornar necessário estabelecer regras que compensem o poder das incumbentes (NUSDEO, 2000, p. 176). Essa regulação diferenciada aplicável as empresas incumbentes em determinados mercados é geralmente referida como regulação assimétrica. Outra estratégia para abrir espaços concorrenciais consiste simplesmente em não submeter à disciplina regulatória os setores potencialmente competitivos. Dessa maneira, tais segmentos estariam submetidos apenas à ordem concorrencial, tal como as atividades pertencentes a indústrias não reguladas. No entanto, alguns problemas sérios surgem quando a ordem jurídica decide pelo silêncio, deixando indeterminadas as fronteiras em que a concorrência deve ser garantida no âmbito de um setor que é bastante regulado, ou qual o agente público é responsável por essa tarefa”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 17.

⁹³ Sobre a fundamental necessidade de articulação entre o direito da concorrência e a regulação em economias de mercado, veja-se: “It is therefore apparent that the liberal market model can only survive if the articulation between regulation and competition is correctly carried out. This means that we must first carefully distinguish regulation and competition, and that we must accept the composite nature of regulation, a construction of economics, law, and politics, far removed from competition’s purity”. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Regulation versus competition. *The Journal of Regulation*, n. 7, mar.-abr. 2011. Disponível em: <<http://www.thejournalofregulation.com>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 550-559.

⁹⁴ Consoante será aprofundado e contestado posteriormente nesta tese, há entendimentos de que mesmo a regulação setorial nas telecomunicações deveria ser meramente transitória, estando destinada a desaparecer, com a existência de concorrência nos mercados. Nesse sentido, tratando em geral da regulação: “Na verdade, a teoria econômica da regulação, orientada pelo neoclassicismo, crê poder prever os resultados e, conseqüentemente, indicar os fins da atividade econômica. A regulação serve apenas como substituto do mercado. O regulador é ou deveria ser capaz de reproduzir um mercado em laboratório ou, melhor dizendo, nos gráficos de oferta e demanda. Evidentemente, porque baseada na crença cega no mercado, para tal teoria a regulação só será necessária enquanto não existir solução de mercado mais eficiente”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27.

A. Objetivos

Como destacado, a análise proposta na presente tese, necessariamente, há de partir da compreensão básica do direito da concorrência e da regulação setorial. Nesse contexto, qualquer análise neste tocante deve começar com a investigação dos objetivos reconhecidos ao direito da concorrência e à regulação. Como tradicionalmente é reconhecido⁹⁵, todas as questões referentes às suas interpretação e aplicação decorrem e dependem da resposta que for dada a esta indagação inicial acerca dos objetivos assentados.

Com efeito, a adequada fixação dos objetivos buscados no direito da concorrência e na regulação possibilita, dentre outros benefícios, (i) a definição de prioridades e da forma de aplicação destes institutos, (ii) a observância de lacunas entre o que é visado e os resultados efetivamente obtidos com a aplicação do direito da concorrência e da regulação, (iii) a maior transparência nos debates pertinentes e na solução de casos concretos e (iv) o alinhamento entre os diferentes órgãos e autoridades com competência conjunta ou complementar em determinado setor ou temática⁹⁶. Ademais, como adiantado, são bem reconhecidas as relações entre finalidades e princípios⁹⁷ e entre finalidades (entendidas como *policies*) e decisões

⁹⁵ Sobre a necessidade fundamental de definir os objetivos do direito da concorrência, para, posteriormente, poder analisar sua aplicação, veja-se, por todos: “Antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law – what are its goals? Everything else follows from the answer we give”. BORK, Robert Heron. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1978. p. 50.

⁹⁶ Sobre os motivos pelos quais a adequada identificação de objetivos de uma política ou de um ramo do direito é fundamental, com enfoque especificamente no direito antitruste, veja-se, por todos: “The battle over antitrust begins with its goals. As the Chicago School recognized, defining the goals of antitrust is paramount: Everything else follows from the answer we give. Defining antitrust’s objectives serves several important purposes. First, the antitrust objectives inform the law’s enforcement and application. The objectives can shape enforcement policy and priorities. They can alert policymakers to any gaps between actual and desired outcomes from current enforcement. They can assist the courts in applying antitrust legal standards to assure that the result is aligned with the objectives. Second, to the extent measurable and transparent, the objectives can increase the accountability of government antitrust enforcers, increase transparency and facilitate reasoned debate to the extent that they make explicit the rationales for decisions in individual cases. Finally, in any jurisdiction with multiple enforcers (such as federal and state antitrust agencies and private plaintiffs in the United States), defining objectives ensures that antitrust enforcers (and other law enforcement officials) are not thwarting each other’s efforts. One agency can increase enforcement when another is lax, yet still direct all enforcement toward consistent objectives”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 558.

⁹⁷ Adicionalmente à obra específica de Humberto Ávila já citada em nota anterior, para um detalhamento mais completo da relação entre finalidades e princípios, com as consequências que daí decorram, bem como para a definição e a aplicação dos princípios, regras e postulados, veja-se, por todos: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

jurídicas⁹⁸. Nesse sentido, a definição de tais finalidades torna-se necessária até mesmo para as adequadas compreensão e aplicação das normativas, bem como para viabilizar a ponderação de valores e princípios⁹⁹ inerentes a tais temáticas¹⁰⁰.

Não obstante esta relevância, como será demonstrado a seguir, é grande a divergência acerca dos objetivos usualmente apontados ao direito da concorrência e à regulação setorial. Defende-se¹⁰¹, inclusive, que tais objetivos variariam conforme a época e o país a que se refiram, podendo ser indicados inúmeros objetivos, a depender do contexto em que a legislação estiver inserida. Ainda assim, mesmo com tais variações, igualmente é reconhecido que as diferenças apontadas entre o direito da concorrência e a regulação também incluem a dos respectivos objetivos visados por cada um deles¹⁰², sendo necessário reconhecer a oposição e o diálogo entre direito da concorrência e regulação, também em matéria de

⁹⁸ Consoante adiantado, esta relação pode ser bem compreendida na obra de Ronald Dworkin, a saber: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Bloomsbury Academic, 2013.

⁹⁹ Sobre ponderação de valores e princípios, veja-se, por todos: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

¹⁰⁰ Sobre a prevalência de objetivos e princípios em matéria de direito da concorrência, veja-se: “Sob esse prisma devem ser encaradas todas as discussões a respeito do intuito da Lei Antitruste: mais do que objetivos, estamos falando de relação entre instrumentos e objetivos possíveis. E, acima de tudo, tratamos com princípios [...]. Valem as palavras do experiente jurista Giorgio Bernini: ‘A lei é um documento programático que incorpora princípios básicos, e, mais do que em qualquer outro campo, em relação ao direito antitruste se pode falar em legislação par príncipes, ou seja, de um corpo de normas que contém escolhas de valor e proibições de ordem geral’”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 156.

¹⁰¹ Sobre a existência de diversas finalidades atribuídas ao direito da concorrência, especialmente dependendo do local e da época a que se referem, veja-se: “É impressionante a miríade de ‘objetivos máximos’ que já foram atribuídos às leis antitruste: redistribuição da renda; proteção das pequenas empresas; concentração do poder político, controle regional dos negócios, proteção dos trabalhadores, eficiência econômica, bem-estar do consumidor, controle de preços, obtenção de resultados econômicos desejáveis (v.g., eficiência na utilização das riquezas, progresso, estabilidade de produção e emprego e distribuição equitativa de renda), promoção da concorrência, promoção de condutas leais, limitação da atuação e da expansão das grandes empresas, controle do poder político dos grandes conglomerados, ampliar a capacidade competitiva das empresas nacionais, para assegurar participação maior no comércio internacional e assim por diante”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 155.

¹⁰² Destacando que a própria Comissão da União Europeia reconhece que o direito da concorrência e a regulação setorial buscam objetivos distintos, veja-se: “De plus, la Commission précise que la régulation sectorielle, notamment en matière d’interconnexion, n’a pas les mêmes objectifs que le droit de la concurrence: ‘Dans le secteur des télécommunications, les directives ONP visent à établir un régime réglementaire pour les accords d’accès. Étant donné le caractère détaillé des règles ONP et compte tenu du fait qu’elles peuvent aller au-delà des exigences de l’article 82 du Traité, les entreprises opérant dans le secteur des télécommunications doivent être conscientes du fait que la conformité aux règles de concurrence communautaires ne les dispense nullement d’observer les obligations imposées dans le cadre ONP, et inversement’”. CHONÉ, Philippe. *Droit de la concurrence et régulation sectorielle: entre ex ante et ex post*. Paris: Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2006. Disponível em: <<http://www.cairn.info/droit-et-economie-de-la-regulation-4--9782247066534-page-49.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 51.

objetivos¹⁰³. Tudo a reforçar a necessidade de uma adequada investigação dos objetivos que se deva reconhecer ao antitruste e à regulação setorial.

Assim, a seguir dá-se início a esta análise dos objetivos que devam ser atribuídos ao direito da concorrência e à regulação setorial, para, assentados estes pressupostos, prosseguir-se com a análise de experiências de disciplina do setor.

A.1 Direito da concorrência

Como destacado, notadamente com as transformações do Estado ao longo do tempo, observou-se um crescimento da relevância atribuída ao direito da concorrência, claramente perceptível pelo aumento de países com legislações internas acerca da temática (incluindo países como China e Índia) e com a constituição de uma Rede Internacional da Concorrência (RIC)¹⁰⁴.

Não obstante esta relevância reconhecida, a identificação dos objetivos que pautam o direito da concorrência não se trata de tarefa singela e isenta de divergências. Com efeito, o próprio conceito de concorrência envolve desafios¹⁰⁵. Mesmo sob o ponto de vista econômico,

¹⁰³ Sobre a importância de reconhecer a oposição entre direito da concorrência e regulação, inclusive para compreender a melhor forma de relacionamento entre ambos, veja-se: “Competition is the principle element of markets, in the princely sense of the term. The relationships that regulation maintains with competition are ambiguous. It is important to eliminate this ambiguity in order to reveal the ab initio opposition between regulation and competition, to shed light upon the dialectics between both of them. [...] Indeed, it is the tool to build competition when liberalization has been decided by the law, or when, in order to preserve certain equilibriums, the law intervenes to stop competition from brutally attacking an industry that cannot handle it. Regulation always implies the presence of competition, and sometimes it is thanks to regulation that competition exists. [...] This is not a defect, it is in regulation’s nature to be more unstable in its concepts and more stable in its operation than Competition, which is unstable in its operations and stable in its concepts”. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Regulation versus competition. *The Journal of Regulation*, n. 7, mar.-abr. 2011. Disponível em: <<http://www.thejournalofregulation.com>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 553.

¹⁰⁴ Sobre o aumento do número de países com legislação de defesa da concorrência, com destaque para países que antes eram publicamente contrários a tal disciplina, bem como sobre a constituição da RIC, veja-se: “The past twenty years witnessed more countries with antitrust laws and the birth and growth of the international organization of governmental competition authorities, the International Competition Network (ICN), with over 100 member countries. China viewed, until the late 1970s, the term competition pejoratively as a capitalist monster. Now China, Russia, and India have competition laws”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 554.

¹⁰⁵ Sobre a dificuldade de definição do próprio conceito de concorrência, veja-se: “Partindo da análise semântica do verbo to compete, Dennis conclui que seu uso coloquial e neutro vulgarizou-se, na Inglaterra, no século XIV, sendo que teria adquirido um sentido ativo (ou conotação econômica) apenas por volta do século XVI, nesse mesmo país e, talvez um pouco antes, na França e na Itália. Dennis, embora não o diga de forma expressa, tem em mente a distinção que fizemos alguns parágrafos acima, apartando a concorrência correlata à conduta dos agentes econômicos da concorrência em seu sentido técnico-econômico. Nessa linha, anota que Aristóteles faz

reconhece-se que se trata de processo dinâmico e, muitas vezes, imprevisível, que não pode ser claramente sintetizado por completo em modelos matemáticos¹⁰⁶. Tal complexidade de conceituação e de delimitação igualmente repercute nos questionamentos sobre o enquadramento do direito da concorrência como área de um ramo mais amplo do direito econômico¹⁰⁷.

Nesse contexto de divergências e indefinições básicas sobre a própria concorrência, torna-se naturalmente complexa e sujeita a questionamentos a busca pelos objetivos que devam pautar o direito da concorrência. Mormente quando uma simples investigação evidencia que tais finalidades possam ser muitas e variadas¹⁰⁸ de acordo com o país e a época a que se refiram¹⁰⁹.

referência aos monopólios e inicia a análise do fenômeno da troca, em sua Ética”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 37

¹⁰⁶ Sobre as dificuldades de conceituação da concorrência, veja-se: “To design better competition policies, we need to understand the limits of our current policies. Thus, as the Chicago School recognized, defining competition and the goals of competition law are paramount. This is because ‘[e]verything else follows from the answer we give.’ Going forward, competition authorities must first reevaluate their theory of competition. As this article shows, no satisfactory definition of competition exists. Some consider competition as an idealized end-state (such as static price competition under the economic model of perfect competition) others view competition as a dynamic process. Going forward, there will unlikely be any unifying definition of competition. Competition, like any complex system, is incompressible, in that it is ‘impossible to account for the system in a manner that is less complex than the system itself.’ Once policymakers relax the premises of their theories of competition, they will encounter greater complexity. They will increasingly perceive competition as an often unpredictable, dynamic process, not easily subject to mathematical modeling”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Competition. *Mississippi Law Journal*, Mississippi, University of Mississippi School of Law, v. 81, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1646151>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 102.

¹⁰⁷ Sobre a classificação do direito da concorrência dentro do direito econômico, veja-se: “Muito tem sido discutido a respeito da classificação do direito concorrencial como uma área do direito econômico. Por óbvio, a partir do momento em que, contemporaneamente, entendemos as normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas, não podemos deixar de colocá-las no contexto dos ‘instrumentos de que lança mão o Estado, na sua função de implementar políticas públicas’ e, portanto, do direito econômico. Não obstante, visto sob outros prismas (complementares àquele do direito econômico, mas não excludentes), o direito antitruste pode ser entendido como afeito ao direito comercial ou mesmo internacional”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 38.

¹⁰⁸ Para exemplos de objetivos que podem ser buscados na concorrência, veja-se: “Assim, entre os objetivos da política concorrencial citam-se: o bem-estar (excedente total), o bem-estar do consumidor (excedente do consumidor), a defesa de pequenas empresas, a promoção da integração de mercado, a liberdade econômica, o combate à inflação, a justiça e a equidade. Segundo Erhard Kantzenbach, a concorrência tem cinco funções, a saber, (i) distribuição de renda, (ii) formação da oferta, (iii) direção da produção, (iv) elasticidade no processo de adaptação e, finalmente, (v) progresso técnico (pesquisa e inovação). Nesse contexto, destacam-se as ‘funções dinâmicas’ da concorrência e que envolvem a elasticidade no processo de adaptação e o processo técnico. A concorrência vincula-se, assim, à política estatal de desenvolvimento”. SCHNEIDER, Andressa Caroline. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2016. p. 132.

¹⁰⁹ Sobre a existência de diferentes finalidades à concorrência dependendo de cada país e sobre a possibilidade de conflito entre a defesa da concorrência e eventuais outras finalidades buscadas pela política antitruste, veja-se: “No sistema da concorrência-instrumento, a concorrência é vista como um meio para se chegar a algum objetivo outro que supere a mera assecuração de concorrência. Esse objetivo, por sua vez, varia conforme o país ou a organização multilateral político-econômica (por exemplo, a representada pela UE), conforme seus princípios,

Tal realidade resta ainda mais evidente a partir dos estudos publicados pela RIC¹¹⁰. Em especial, foi conduzida pesquisa específica sobre as finalidades da legislação antitruste interna de cada país, de maneira que, nos resultados divulgados pela RIC, foram listados como diferentes objetivos declarados pelos Estados para o respectivo direito da concorrência os seguintes: (i) promover o bem-estar do consumidor, (ii) maximizar eficiência, (iii) assegurar liberdade econômica, (iv) garantir campo de atuação para as pequenas empresas, (v) promover justiça e igualdade, (vi) promover escolha aos consumidores, (vii) atingir integração do mercado, (viii) facilitar privatizações e liberalização de mercados e (ix) promover a competitividade de empresas nos mercados internacionais¹¹¹.

regras, valores e postulados juridicamente definidos. Embora não se possam desprezar eventuais conflitos entre o aspecto organizacional e o aspecto intervencionista do Direito e da política concorrencial, já que o Estado garante a concorrência e simultaneamente a instrumentaliza para atingir seus objetivos de política econômica, esses eventuais conflitos (exceção) não podem impedir a adoção de normas e de políticas públicas em que a concorrência tenha papel funcional, em benefício da coletividade (regra), uma vez que, como todo fenômeno humano, mesmo a concorrência pode apresentar contradições, passíveis de correção. Com efeito, a função central do sistema econômico é garantir a interação dos agentes no mercado em igualdade de condições, proteger aquilo que Calixto Salomão Filho chama de ‘devido processo econômico’, que depende da concorrência como instrumento de diluição de poder”. SCHNEIDER, Andressa Caroline. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2016. p. 128.

¹¹⁰ Sobre os diversos objetivos buscados pelas diferentes legislações antitruste nacionais, assim se manifestou a Rede Internacional da Concorrência: “The objectives of competition laws vary widely from one jurisdiction to another. Some competition laws expressly pursue economic efficiency. Others put a greater emphasis on consumer welfare alone, which forms part of economic efficiency. However, parallel objectives, possibly conflicting with that of economic efficiency or consumer welfare, are present in many competition laws. Encouraging small enterprises, protection of employment, redistribution of income or full integration of a common market (as in the European Union) are just a few examples. The alternative objectives go mostly hand in hand. Fighting monopoly power increases economic efficiency, favors small enterprise, reduces prices and thus redistributes income and enhances consumer welfare, all at the same time”. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Advocacy and competition policy*. Napoli: ICN, 2002. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

¹¹¹ Sobre os objetivos apontados pelos membros da ICN como o de sua respectiva política antitruste, veja-se: “Thirty-two of thirty-three agencies cited ensuring an effective competitive process, as a goal of their unilateral conduct rules and/or as a means to achieve other goals. Nine agencies suggested that this is the primary objective, and four provided that this is one of a number of objectives of their unilateral conduct rules. In addition, fifteen agencies tended to view ensuring an effective competitive process as both a goal and a vehicle by which to achieve other goals or benefits. Four agencies address ensuring an effective competitive process exclusively as a means by which to achieve other goals. In addition to citing ensuring an effective competitive process, as a goal and/or a means, respondents identified nine other goals of their unilateral conduct rules that were addressed as goals in and of themselves. Among these nine goals, two – promoting consumer welfare and maximizing efficiency – were cited most frequently. Some respondents suggest that their jurisdiction’s objectives are particular to the historical context in which their competition legislation was adopted. Nevertheless, even given such historical specificities, respondents commonly cited certain objectives. This part of the report reviews the objectives identified in multiple responses, from promoting consumer welfare and maximizing efficiency, ensuring economic freedom, ensuring a level playing field for SMEs, promoting fairness and equality, promoting consumer choice, achieving market integration, facilitating privatization and market liberalization, and promoting competitiveness in international markets”. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies*. Moscou: ICN, 2007. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

Mesmo nos Estados Unidos da América, em que a tradição do antitruste mais recente é associada à existência de uma finalidade única para o direito da concorrência¹¹², durante um longo período também foram reconhecidas múltiplas finalidades a este. Assim, cortes judiciais dos Estados Unidos da América reconheciam a existência de objetivos diversos ao antitruste¹¹³, entre eles o da prevenção da demasiada concentração do poder de mercado, o da preservação da liberdade de concorrência nos mercados e o da proteção da sociedade em relação às falhas do mercado.

Destarte, é compreensível a dificuldade da identificação dos objetivos do direito da concorrência. Contudo, a existência de tal dificuldade apenas reforça a necessidade de se aprofundar a pesquisa focada nesta busca¹¹⁴. Especialmente considerando a importância que a temática possui para os países e o reconhecimento de que um sistema antitruste sólido tem como ponto de partida uma clareza em sua(s) finalidade(s)¹¹⁵.

Neste contexto, até mesmo pelo histórico do direito da concorrência¹¹⁶, muitas vezes a investigação dos seus objetivos acaba limitando-se à adesão a alguma das conhecidas Escolas

¹¹² Como será tratado especificamente na sequência desta tese, com a ampla aceitação dos postulados da Escola de Chicago na experiência de antitruste dos Estados Unidos da América, identificou-se que o direito da concorrência deveria possuir uma única finalidade: a busca do bem-estar do consumidor, entendida em sentido estrito, associada à eficiência econômica. Nesse sentido, veja-se: BORK, Robert Heron. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1978.

¹¹³ Sobre as decisões judiciais anteriormente à adoção da Escola de Chicago na experiência antitruste dos Estados Unidos da América, com reconhecimento de diferentes finalidades ao direito da concorrência, veja-se: “In different cases over the years, the Court has stated that Congress sought to: prevent the concentration of markets through acquisitions, and perpetuate and preserve, for its own sake and in spite of possible cost, an organization of industry in small units which can effectively compete with each other; protect firms right of freedom to trade; promote consumer welfare, allocative efficiency, and price competition; protect the public from the failure of the market; preserve economic freedom and the freedom for each business to compete to assert with vigor, imagination, devotion, and ingenuity whatever economic muscle it can muster; condemn practices that completely shut out competitors, not only from trade in which they are already engaged, but from the opportunities to build up trade in any community where these great and powerful combinations are operating under this system and practice; secure equality of opportunity and to protect the public against evils commonly incident to destruction of competition through monopolies and combinations in restraint of trade; and be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 560.

¹¹⁴ Sobre a importância de se identificar adequadamente os fins buscados pela concorrência, justamente pela inexistência de um fim único e universal, veja-se: “Talvez a reação natural a esse conturbado contexto fosse o desânimo, como se pouco adiantasse insistir na efetiva aplicação do direito concorrencial. Não é bem assim. O antitruste muito pode fazer pelo desenvolvimento do país, mas, para tanto, devem-se explicitar os objetivos a serem perseguidos pela disciplina da concorrência entre os agentes econômicos”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 20.

¹¹⁵ Como demonstrado acima, é fundamental compreender as finalidades do antitruste antes de se lançar qualquer proposta de interpretação ou de aplicação do direito da concorrência.

¹¹⁶ Consoante adiantado, pelo seu objeto e suas limitações, não é objetivo desta tese realizar uma digressão histórica do direito da concorrência, mas apenas investigar a temática naquilo que é necessário para buscar a adequada disciplina do setor de telecomunicações. Para uma contextualização histórica do antitruste, inclusive na sua perspectiva internacional, veja-se: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência*.

teóricas. Contudo, aceitando-se a relevância do momento valorativo inerente às normas jurídicas¹¹⁷, bem como se sabendo que modelos teóricos de comportamentos econômicos, por si só, são insuficientes para a adequada compreensão da realidade¹¹⁸, ainda mais de perspectivas tão distintas entre os diferentes sistemas jurídicos, não se irá aprofundar nos detalhes de cada Escola¹¹⁹, já que o que ora se busca é uma investigação específica dos objetivos mais adequados ao antitruste.

Nesse sentido, para o que ora se propõe, basta ter presente que, em síntese, a Escola de Harvard¹²⁰, conhecida como estruturalista, centrava seu objetivo na busca por estruturas

Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais. Curitiba: Juruá, 2008. Para um histórico do direito da concorrência especificamente no Brasil, veja-se: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 117. Adicionalmente, com foco também nas experiências que serviram de inspiração, veja-se: GRAU-KUNTZ, Karin. Da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 9, jan. 2002. p. 49-72.

¹¹⁷ Apontando o equívoco de se aceitar automaticamente premissas teóricas de teorias econômicas, quando se trata da criação ou da aplicação de qualquer norma jurídica, veja-se: “O equívoco conceitual está em pensar que, demonstrada a interdisciplinaridade entre direito e economia naquelas áreas como, por exemplo, o direito antitruste, em que o operador do direito deve necessariamente levar em consideração as relações causais sugeridas pela teoria econômica, a aceitação das premissas teóricas utilizadas para desenvolver a teoria deva ser automática. Ou seja, o mesmo modelo teórico utilizado para explicar as relações causais deve ser utilizado para determiná-las pois, uma vez aceita a veracidade das relações causais, a aceitação dos pressupostos implica necessariamente concordância com os resultados. Tal pretensão claramente desconsidera o momento valorativo tanto da criação quanto da aplicação de qualquer norma jurídica, seja em matéria econômica ou não”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 29-30.

¹¹⁸ Sobre a insuficiência de modelos teóricos para a adequada compreensão da realidade, em toda a sua extensão, veja-se: “Um dos resultados mais importantes do pensamento econômico moderno é exatamente pôr em dúvida a possibilidade de teorização do comportamento econômico. A principal razão para tanto é a convicção de que o conhecimento encontra-se disperso entre os indivíduos e que, conseqüentemente, em cada relação econômica os diferentes indivíduos vêm com diferentes parcelas, frequentemente díspares, assimétricas, de informação. Isso faz com todo e qualquer modelo sobre o funcionamento do mercado que pretenda indicar resultados esperados ou a serem atingidos com base em ampla difusão de conhecimentos e informações esteja necessariamente fadado ao fracasso. Os modelos acima descritos têm por base estudos de teorias econômicas contemporâneas, em especial a teoria do conhecimento e a chamada Economia da Informação. Interessante é notar que ambos os modelos, quando bem compreendidos e desenvolvidos, acabam por levar a idéias profundamente reformadoras das estruturas. Todas elas indicam no sentido de uma mesma conclusão. O raciocínio econômico não mais pode ser voltado à busca de resultados econômicos baseados em modelos teóricos”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *A paralisia do antitruste*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, jan. 2009. p. 305.

¹¹⁹ Como destacado, o foco desta tese não é a investigação exaustiva das Escolas econômicas relacionadas ao antitruste, sendo apenas referidas naquilo que se mostra necessário para a proposta deste trabalho. Ademais, são inúmeros os estudos mais detalhados sobre tais Escolas, dentre os quais, pode-se destacar: FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 10, jan. 2003. p. 133-151. Ainda: CRAVO, Daniela Copetti. *Concorrência e consumidor: dúplice capitulação da venda casada*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2013. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹²⁰ Para uma aproximação mais detalhada dos objetivos do antitruste na Escola de Harvard, veja-se: “Na visão de Harvard, amparada pelo modelo estruturalista, a principal ação das autoridades antitruste deveria estar no controle – preventivo – das estruturas de mercado, visto que a criação, ou o exercício, de poder de mercado decorreria basicamente do aumento do grau de concentração do mercado. Tal foco tinha como fundamento o pressuposto de que a existência de poder de mercado é condição necessária para o surgimento de condutas anticompetitivas, sendo que o poder de mercado, por sua vez, decorreria da morfologia da estrutura de mercado, a partir da visão estruturalista dos modelos de E-C-D (Audretsch, 1988). Tal proposta implicava não somente

pulverizadas. Já a Escola de Chicago alinhava o objetivo do antitruste na eficiência e na maximização do bem-estar do consumidor (em sentido mais estrito, de eficiência econômica)¹²¹. Com a Escola Ordoliberal, concentrou-se o objetivo do direito da concorrência na exclusão de barreiras de entrada aos mercados (com uma visão de bem-estar do consumidor mais relacionada à liberdade de escolha). Ainda, pode-se citar um revisionismo com movimentos pós-Chicago¹²², tendo também enfoque estruturalista, dissociando o objetivo do antitruste necessariamente da busca de eficiência em resultados alocativos e, em alguma medida, convergindo e aproximando o antitruste da regulação.

Como se observa, portanto, essa discussão de escolas teóricas apenas evidencia a divergência dos objetivos reconhecidos ao antitruste. Assim, superando uma pura discussão ideológica entre as Escolas e retomando a investigação centrada nos objetivos do antitruste, um ponto de partida mais adequado parece consistir na indagação acerca da possibilidade de

uma ênfase no controle sobre os atos de concentração, mas também abria espaço para a incorporação de objetivos distributivos para a política antitruste, na medida em que o combate à elevação do poder de mercado implica, ainda que não necessariamente, uma redistribuição da renda do grupo de consumidores num determinado mercado para o grupo de produtores desse mercado. Dessa forma, é importante notar que o mainstream estruturalista apresentava uma interpretação ampla dos objetivos da política antitruste, que envolveria ‘a busca de eficiência alocativa (na produção agregada), a distribuição de renda e até mesmo a desconcentração do poder econômico vista como uma finalidade em si mesma’”. FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 10, jan. 2003. p. 141.

¹²¹ Para uma aproximação mais detalhada dos objetivos do antitruste na Escola de Chicago, veja-se: “Os autores da Escola de Chicago sustentam que a competição prevalece na maior parte dos mercados em economias capitalistas, sendo o domínio de mercado por um conjunto de firmas ou por uma firma uma exceção, em geral destinado a desaparecer no médio/longo prazo e frequentemente gerador de benefícios para a sociedade. De acordo com Shepherd (1988, p. 397), as três hipóteses básicas da ‘Efficiency School’, utilizadas ‘como um esforço dogmático para suplantam o conteúdo do mainstream de organização industrial’, são: (i) o monopólio é resultado de maior eficiência econômica; uma firma mais eficiente frente aos seus rivais crescerá mais rapidamente e obterá maiores lucros, sendo que a manutenção de um elevado market share depende da capacidade de a firma se manter mais eficiente ao longo do tempo; (ii) a colusão é a única forma real de geração de poder de monopólio, não gerando nenhum tipo de eficiência para a sociedade; e (iii) os lucros de monopólio são dissipados durante o processo de sua formação. [...] No que tange aos objetivos das políticas de defesa da concorrência, num dos artigos considerados pioneiros da chamada escola de Chicago, Bork (1978), a partir de sua interpretação sobre a história legislativa do Sherman Act de 1890, sustenta a idéia de que a única meta das políticas antitruste deveria ser a de maximizar a eficiência alocativa de Pareto, ou seja, do excedente agregado de Marshall. Assim, para a Escola de Chicago, as políticas de defesa da concorrência deveriam se restringir à perseguição de um único objetivo, qual seja, a eficiência econômica (de Pareto), evitando a tentativa de conciliar os interesses de distintos grupos de agentes econômicos e, portanto, considerações de natureza distributiva’”. FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 10, jan. 2003. p. 147.

¹²² Para uma compreensão das críticas à Escola de Chicago e das formulações do que se denominou de movimento pós-Chicago e da tentativa de confluência que se reconhece como Escola neo-Chicago, veja-se, por todos: PITOFISKY, Robert (ed.). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Nova York: Oxford University Press, 2008. Para críticas a estes movimentos pós-Chicago e neo-Chicago, reafirmando as virtudes da Escola de Chicago, desde que adequadamente interpretada, veja-se: CRANE, Daniel. Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago. *University of Michigan Law School Scholarship Repository*, reviews, 2009. p. 1911-1933. Em sentido semelhante: KOBAYASHI, Bruce H.; MURIS, Timothy J. Chicago, post-Chicago, and beyond: time to let go of the 20th century. *Antitrust Law Journal*, v. 78, mar. 2012. p. 505-526.

existência de um único fim absoluto para o antitruste ou da necessidade de coexistência de possíveis finalidades diversas, inclusive a depender do sistema jurídico envolvido. Como visto, a realidade internacional atual é a da afirmação de existência de múltiplos objetivos distintos. Não obstante, é possível identificar um certo alinhamento de países reconhecendo que o objetivo do antitruste consiste na busca de um efetivo processo competitivo, através da maximização do bem-estar do consumidor (entendido sob uma perspectiva da eficiência econômica)¹²³.

Na verdade, tal posicionamento decorre do movimento iniciado nos Estados Unidos da América e alinhado à Escola de Chicago, que defendeu a existência de finalidade única ao antitruste, alheia a objetivos sociais e políticos¹²⁴. E tal único objetivo seria exatamente a maximização do bem-estar do consumidor (em um sentido estrito e econômico), sendo que a teoria econômica deveria ser utilizada para atingir este objetivo¹²⁵. Com tal centralização em uma única finalidade econômica, o antitruste ganharia transparência, seria simplificada a tarefa das cortes e autoridades, evitar-se-ia regras e decisões contrárias aos interesses dos consumidores, dentre outros benefícios¹²⁶. Em especial, o direito da concorrência remanesceria mais puro¹²⁷, não distorcido por fins sociais, políticos, éticos, morais e

¹²³ Consoante referido acima, analisando as respostas dos países à consulta da RIC acerca dos respectivos objetivos do antitruste nacional, a maior concentração de resposta foi, justamente, na promoção do bem-estar do consumidor e na maximização da eficiência. Nesse sentido: INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies*. Moscou: ICN, 2007. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

¹²⁴ Sobre as consequências do abandono de finalidades sociais e políticas com a adoção dos postulados da Escola de Chicago, veja-se: “A second factor is that antitrust policy during the past policy cycle relied on an incomplete, distorted conception of competition. Adopting the Chicago School’s simplifying assumptions of self-correcting markets, composed of rational, self-interested market participants, some courts and enforcers sacrificed important political, social, and moral values to promote certain economic beliefs”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 555.

¹²⁵ Para um defensor clássico do entendimento da Escola de Chicago, reconhecendo que o único objetivo do antitruste deveria ser o bem-estar do consumidor, em sua dimensão mais estrita e econômica, e que tal objetivo deveria ser atingido com auxílio da teoria econômica, veja-se, por todos: POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

¹²⁶ Sobre as vantagens de se reconhecer o bem-estar do consumidor como única finalidade antitruste, veja-se: “The consumer welfare goal (1) gives fair warning, (2) places intensely political and legislative decisions in Congress instead of the courts, (3) maintains the integrity of the legislative process, (4) requires real rather than unreal economic distinctions, and (5) avoids arbitrary or anticonsumer rules”. BORK, Robert Heron. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1978. p. 81

¹²⁷ No sentido de que o conceito de bem-estar, como finalidade do direito da concorrência, não poderia incluir finalidades sociais, veja-se: “Antitrust laws indeed offer a limited set of policy tools that do not allow social welfare maximization, or even analysis of general welfare. Competition may promote welfare under many circumstances, but the antitrust enforcer does not examine the value of the market to society. It does not evaluate the question of whether we need abortions, alcohol, firearms, guns, junk food, plastic bags, pornography, and tobacco products. Put simply, ‘consumer welfare’ literally does not mean ‘social welfare’, and the nature of antitrust analysis is not about social welfare”. ORBACH, Barak Y. The antitrust consumer welfare paradox.

distributivos, os quais poderiam ser mais adequadamente resguardados e defendidos por outros institutos, que não o antitruste.

Assim, preconiza-se que este “bem-estar do consumidor” (*consumer welfare*), essencialmente econômico, seria e deveria ser o único fim visado pelo antitruste, trazendo maiores benefícios aos consumidores e assegurando coerência ao direito da concorrência¹²⁸. Questiona-se e se critica toda e qualquer tentativa de ampliação dos objetivos reconhecidos ao antitruste¹²⁹, sustentando-se que as críticas que são direcionadas à temática decorram, justamente, de experiências e proposições de direito da concorrência sem uma definição clara e precisa da sua finalidade¹³⁰.

Journal of Competition Law & Economics, v. 7, n. 1, mar. 2011. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jcle/>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 145.

¹²⁸ No sentido de que a busca do bem-estar em sentido econômico mais estrito seria mais adequada para o direito da concorrência do que a busca de fins sociais e políticos, veja-se: “The shift from myriad social, political, and protectionist goals to welfare has produced significant benefits for consumers and brought coherence to antitrust law. Put simply, the welfare approach has served antitrust well; Averitt and Lande acknowledge as much. They are not alone. The Antitrust Modernization Commission observed that ‘[f]or the last few decades courts, agencies, and antitrust practitioners have recognized consumer welfare as the unifying goal of antitrust law’”. WRIGHT, Joshua; GINSBURG, Douglas. The goals of antitrust: welfare trumps choice. *Fordham Law Review*, n. 81, 2013. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/9/>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 2416.

¹²⁹ Para uma crítica à tendência de ampliação dos objetivos reconhecidos ao direito da concorrência, veja-se: “The choice standard, if adopted, would inevitably reduce consumer and total welfare by shifting the focus of antitrust analysis from efficiency to more easily observed but misleading proxies for consumer welfare, to wit, the number of firms on offer in a market. While incorporating product variety, quality, and innovation into the standard welfare analysis is desirable when done correctly, no ‘new paradigm of the antitrust laws’ is required to do that; modern antitrust analysis quite comfortably incorporates the tradeoffs between price and quality that consumers face. The flaw of the choice standard is that it altogether rejects the economic approach to dealing with these tradeoffs and instead imposes a structural presumption that the number of firms or brands in competition is directly correlated with consumer welfare. This involves two major errors: by rejecting the economic approach, the choice standard forgoes illumination as to why certain restraints arise in a particular market and, by imposing a structural presumption, it implicitly depends upon conclusions about welfare that are not justified either by theory or by evidence. In sum, the choice standard would produce antitrust decisions uninformed by the contributions of modern industrial organization economics. The ultimate question is whether the consumer choice standard offers any offsetting benefit in exchange for the loss of welfare it entails. If not, as we think we have shown, then shifting to defendants the burden of justifying any reduction in consumer choice would be merely a revival of the long ago repudiated inhospitality tradition in antitrust that should and likely will be rejected by the enforcement agencies and the courts”. WRIGHT, Joshua; GINSBURG, Douglas. The goals of antitrust: welfare trumps choice. *Fordham Law Review*, n. 81, 2013. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/9/>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 2422. Em sentido semelhante: “The biggest advantages conferred by the use of relatively traditional microeconomics as the guiding principle for antitrust are two: coherence and welfare. [...] populist goals should be given little or no independent weight in formulating antitrust rules and presumptions. As far as antitrust is concerned, they are substantially served by a procompetitive policy framed in economic terms. [...] injection of populist goals, by broadening the proscriptions of business conduct, would multiply legal uncertainties and threaten inefficiencies not easily recognized or proved”. AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: An analysis of antitrust principles and their application*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 2006. p. 101.

¹³⁰ No sentido de que os problemas atuais do direito da concorrência decorreriam da falta de coerência na aceitação dos objetivos a serem buscados, veja-se: “The failure of antitrust law to promote competition and further consumer welfare over this period is unsurprising and inevitable, for the courts and agencies were operating without a coherent answer to the question: ‘What are the goals of antitrust?’”. WRIGHT, Joshua;

Não obstante estes postulados teóricos, a realidade é a de que este entendimento histórico e ainda muito referendado nos Estados Unidos da América passou a ser alvo de inúmeras críticas. Inclusive, sustenta-se que a referência a “bem-estar do consumidor” (*consumer welfare*) como um sinônimo de maximização de eficiência, pressuposto deste entendimento, teria decorrido de um equívoco¹³¹, a trazer dificuldades para a matéria. Até porque a legislação dos Estados Unidos da América em momento algum define um objetivo único claro para o antitruste¹³², tendo tal entendimento sido construído a partir de interpretações e postulados teóricos.

A associação do bem-estar à eficiência, por si só, já traz consigo a dificuldade de identificação de um entendimento único para o conceito de eficiência¹³³ dentro do antitruste, inclusive por ser amplamente reconhecido que a eficiência pode ser compreendida sob as perspectivas estática, produtiva, alocativa e dinâmica (sendo esta a com maior aceitação

GINSBURG, Douglas. The goals of antitrust: welfare trumps choice. *Fordham Law Review*, n. 81, 2013. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/9/>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 2405.

¹³¹ Afirmando que a formulação do bem-estar do consumidor (*welfare*) como objetivo único do antitruste teria sido, inclusive, um erro interpretativo, veja-se: “Richard Posner and Herbert Hovenkamp, two great antitrust minds, noted that a good antitrust law could have prohibited unreasonable restraints on competition. The present antitrust statutes are longer than this proposal and the courts apply them with the consumer welfare standard, which was born in sin and grew with illegitimate borrowing. Most antitrust lawyers and economists know that Robert Bork was wrong when he used the term ‘consumer welfare’ in his analysis of the Sherman Act. The Supreme Court made a mistake in relying on his analysis. Over the years, dozens of articles and books have referred to Bork’s ‘confusion’ and debated what meaning this mistaken labeling should have. The simple truth is that we, in the antitrust community, have failed to inform courts about the original mistake that Bork made. This Article aims to correct that mistake. The methodology of antitrust law cannot maximize consumer welfare”. ORBACH, Barak Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 7, n. 1, mar. 2011. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jcle/>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 145.

¹³² Sobre a ausência de identificação de objetivos da legislação antitruste na experiência dos Estados Unidos da América, veja-se: “With the Supreme Court’s gloss, section 1 of the Sherman Act punishes unreasonable restraints of trade. Section 2 of the Sherman Act prohibits a company to monopolize or attempt or conspire to monopolize trade or commerce. Section 7 of the Clayton Act prohibits mergers and acquisitions when the effect may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. Unlike other countries antitrust statutes, U.S. antitrust laws do not identify specific objectives. An unreasonable restraint ultimately reflects a normative judgment about what is unreasonable. Nor does the legislative history identify a single objective”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 559.

¹³³ Sobre as dificuldades envolvendo a definição de eficiência como finalidade do direito da concorrência, veja-se: “Efficiency is a broad economic term that may refer to allocative efficiency (allocation of resources to their most efficient use), productive efficiency (production in the least costly way), or dynamic efficiency (rate of introduction of new products or improvements of products and production techniques). As Judge Richard Posner observed, Pareto efficiency has few applications to the real world. [...] One difficulty is in determining when innovation benefits society. [...] A second difficulty is in measuring dynamic efficiency. [...] A third difficulty is in determining what hinders or promotes innovation and to what extent greater concentration/market power fosters more innovation. [...] Consequently, despite the importance of dynamic efficiency, antitrust policy still lacks adequate tools to measure it or assess the long-term effects of many restraints on dynamic efficiency”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 584.

presentemente)¹³⁴. Tal deficiência, argumenta-se, tornaria este entendimento de bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) inclusive inconsistente do ponto de vista econômico¹³⁵.

Ademais, neste contexto, tais afirmações relativas à busca de processos efetivamente competitivos, ou mesmo de maximização de eficiência ou de bem-estar, desacompanhadas de uma adequada demonstração daquilo em que efetivamente consistiriam, transformam o debate em mera tautologia¹³⁶, em que acaba se recorrendo a sucessivas conceituações, indefinidamente, mesmo se aceitando uma perspectiva puramente econômica.

¹³⁴ Para um entendimento acerca da eficiência e das diversas formas de sua interpretação, veja-se: “Four concepts of efficiency also call for definition: static efficiency, productive efficiency, allocative efficiency, and dynamic efficiency. Static efficiency is optimization of production within present technologies to minimize deadweight loss. There are two forms of static efficiency: productive efficiency and allocative efficiency. Productive efficiency (or technical efficiency) describes the level of utilization of resources in the economy and is maximized with various combinations on the production possibility frontier of the economy. Put simply, optimal productive efficiency exists where the economy utilizes resources in the least expensive way possible. Allocative efficiency is focused on the consumer’s willingness to pay. Maximum allocative efficiency is attained when the cost of resources used in production is equal to the consumer’s willingness to pay. That is, allocative efficiency is maximized when market price is equal to marginal cost. Dynamic efficiency means increase in resources through investments in education and research and development. Since the 1950s, it is well established that dynamic efficiency is the major source of economic growth”. ORBACH, Barak Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law & Economics*. v. 7, n. 1. mar. 2011. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jcle/>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 140.

¹³⁵ Para uma crítica à Escola de Chicago, inclusive no que tange à sua inconsistência do ponto de vista econômico, veja-se: “Além do mais, a despeito das constantes referências à maximização do bem-estar dos consumidores, é claro que a proposta da Escola de Chicago quanto ao objetivo das políticas de defesa da concorrência é inconsistente do ponto de vista econômico. De fato, tal proposta ignora todo o debate a respeito de critérios de bem-estar social, supondo, ingenuamente, que a compensação aos consumidores é realizada ou que exista uma parte do governo operacionalizando uma distribuição de bem-estar social ótima, por meio de transferências lump-sum. Note-se, inclusive, que o uso do conceito de eficiência alocativa (de Pareto) é incorreto, na medida em que atos de concentração e condutas anticompetitivas em geral implicam efeitos redistributivos entre consumidores ‘puros’ e ‘consumidores-produtores’, sendo necessário, portanto, o emprego do conceito de eficiência potencial de Pareto. No entanto, o mérito da escolha de Chicago está no fato de que o trabalho de seus defensores evidenciou a importância de se incorporar às políticas antitruste os vários tipos de eficiências econômicas, ainda que às custas de uma maior complexidade analítica, em função dos inúmeros trade-offs existentes entre tais tipos”. FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 10, jan. 2003. p. 147.

¹³⁶ Evidenciando a tautologia de se definir o objetivo do direito da concorrência como sendo a busca por um processo competitivo efetivo, veja-se: “This goal fails, however, as it simply shifts the debate to a larger, unresolved issue, namely defining an effective competitive process. No consensus exists in the United States or elsewhere on an effective competition process or a unifying theory of competition. Antitrust becomes a tautology. The goal of competition law is promoting competition by discouraging anti-competitive behavior. What constitutes an effective competitive process varies by audience. Among the goals cited by the ICN-surveyed agencies were protecting consumers, encouraging creativity in business activities, achieving efficiency and fairness to small and medium-sized enterprises, and safeguarding jobs. Entrenched firms may emphasize promoting their freedom to contract, choosing their distributors or retailers, and not dealing with their competitors. Domestic competitors may advocate protecting choice for consumers to insulate themselves from more efficient international competitors. Entrepreneurs may emphasize greater access to the marketplace. Consumers may want it all: lower prices, greater choices, better quality, more innovation, all the while preserving their jobs and pay structure at domestic firms”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 567.

Ainda que se recorra a detalhamentos do entendimento sobre o bem-estar do consumidor, alinhando-o a um conceito de excedente do consumidor (*consumer surplus*)¹³⁷, não é possível ser afastada a conclusão de que o conceito de bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) neste contexto não seja suficientemente claro e compreensível por si só¹³⁸. Há, em verdade, muita divergência sobre o que poderia ser entendido como bem-estar do consumidor nesta perspectiva¹³⁹. Mesmo entre os países que relataram adotar o bem-estar do consumidor como finalidade de seu antitruste¹⁴⁰, observa-se a existência de significativas diferenças nas conceituações empregadas.

¹³⁷ Identificando o conceito de bem-estar do consumidor, do ponto de vista econômico, como a mais-valia gerada ao consumidor, veja-se: “In economics, the term ‘consumer welfare’ means the buyer’s well-being: the benefits a buyer derives from the consumption of goods and services. The traditional antitrust analysis relies on Marshallian concepts of partial equilibrium analysis. This analysis is focused on a subset of the economy, the ‘relevant market’, in which the buyers are ‘consumers’. The Marshallian demand curve sums up the demands of consumers, taking prices, preferences, and income as exogenous variables. In this analysis, the consumer welfare is equal to the consumer surplus. That is, the difference between the amount a buyer is willing to pay for a good and the amount she actually pays for it”. ORBACH, Barak Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 7, n. 1, mar. 2011. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jcle/>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 134.

¹³⁸ Destacando haver duas perspectivas pelas quais poderia ser interpretado tal *surplus*, veja-se: “Há dois posicionamentos para as hipóteses em que o incremento de poder de mercado é elevado e a redução de custos, embora seja superior ao peso morto gerado, não é suficiente para impedir a elevação dos preços. O primeiro entende que deverá ser privilegiado o bem-estar agregado (hipótese em que será admitida a apropriação do excedente do consumidor pela empresa concentrada, desde que a redução de custos seja superior ao aumento do peso morto). Já a segunda corrente interpreta que deve ser sempre levado em consideração o bem-estar dos consumidores (hipótese em que deve ser preservado o seu excedente e o seu poder de escolha)”. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010. p. 168.

¹³⁹ Sobre as divergências acerca do entendimento do que consistiria o buscado bem-estar do consumidor, veja-se: “A Economia, ao dedicar-se à concorrência, baseia-se sobretudo na ideia de bem-estar do consumidor. Os teóricos ordoliberalistas, estruturalistas e neoclássicos também não discordam quanto a esse ponto, embora demonstrem divergências no que tange ao significado de ‘bem-estar’ do consumidor, que significa, em resumo, liberdade de escolha, para os ordoliberalistas, e eficiência econômica, para os neoclássicos. [...] Entretanto, é importante referir que o conceito de bem-estar negligencia a questão da distribuição da renda entre consumidores e produtores. Além disso, o conceito de bem-estar deveria não só ser interpretado de forma estática, mas também em seu componente dinâmico: o bem-estar futuro importa, assim como o bem-estar presente”. SCHNEIDER, Andressa Caroline. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2016. p. 136.

¹⁴⁰ Sobre a inexistência de consenso sobre o conceito de bem-estar do consumidor, mesmo entre países que afirmam ser este o objetivo de sua respectiva legislação antitruste, veja-se: “Although thirty of thirty-three countries in the 2007 ICN survey identified consumer welfare as an antitrust objective, most did not specifically define consumer welfare and appear[ed] to have different economic understandings of the term. Similarly, the 2011 survey, although finding some agreement among the fifty-seven surveyed competition authorities, identified significant differences. Only seven of the fifty-seven authorities agreed with the provided definition of consumer welfare. Most (thirty-eight of the fifty-seven) antitrust authorities had no explicit definition of consumer welfare. Some considered consumer welfare as a natural result of enforcement activities but not necessarily an underlying goal. Under this definition, antitrust enforcers promote consumer welfare whenever they act (or do not act). Others defined consumer welfare broadly to include safeguarding the competitive process, which in turn encompasses both price and non-price dimensions. France included enhancing the competitive process, stimulating an efficient allocation of resources and preventing unchecked market power within its conception of promoting consumer welfare over the long-term”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 572.

Toda esta polêmica e as divergências envolvendo a aproximação de um entendimento único acerca do bem-estar do consumidor fizeram com que já tenha sido sustentado que se trataria do termo mais abusado na história recente do antitruste¹⁴¹. A própria tentativa de redução do antitruste a uma única finalidade com enfoque econômico, ainda mais considerando as diferentes realidades de cada país, região e sistema jurídico, também acaba sendo amplamente questionada¹⁴².

Diante de todas estas circunstâncias, especialmente tendo grandes destaque e divulgação o entendimento de que o objetivo do antitruste seria exclusivamente o bem-estar do consumidor nesta perspectiva estritamente econômica, não é surpresa que tenha sido afirmado que estaríamos em um período de crise e de paralisia do direito da concorrência¹⁴³.

¹⁴¹ Sobre as consequências do abuso do termo “bem-estar”, por originalmente não possuir este um conteúdo claro, veja-se: “[consumer welfare] have become the dominant terms of antitrust discourse without any clear consensus as to what they exactly mean [and] is the most abused term in modern antitrust analysis”. BRODLEY, Joseph F. *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*. *New York University Law Review*, v. 62, 1987. p. 1020-1053.

¹⁴² Igualmente no sentido da inadequação do reconhecimento de um único objetivo econômico ao antitruste, veja-se: “Embora alguns dos principais expoentes da Escola de Chicago tentem propagar a idéia de que as modernas políticas de defesa de concorrência apresentam uma forte tendência a utilizar exclusivamente as recomendações dessa última, não há evidências de que, de fato, exista um consenso sobre os principais objetivos da política antitruste, ainda que seja inegável que parte significativa de suas propostas, em termos de metodologia de análise e conceitos teóricos, tenha sido incorporada, com algumas qualificações, ao mainstream da análise antitruste (Lande, 1988). Com efeito, do ponto de vista de sua proposta quanto à unicidade do objetivo das políticas de defesa da concorrência – a maximização do bem estar do consumidor entendida como maximização do excedente agregado ou da eficiência (potencial) de Pareto -, não há evidência de que alguma jurisdição a tenha adotado, prevalecendo uma abordagem que privilegia ou no mínimo leva em consideração a questão da distribuição de renda entre consumidores ‘puros’ e consumidores-produtores, mesmo quando alguns argumentos baseados na geração de eficiências econômicas são aceitos”. FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 10, jan. 2003. p. 148. Em sentido igualmente de questionamento, veja-se: LANDE, Robert H. Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust: The efficiency interpretation challenged. *Hastings Law Journal*, n. 65, 1999. Disponível em: <<http://www.hastingslawjournal.org/>>. Acesso em: 25 mar. 2017. p. 106-114. PITOFSKY, Robert. The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 127, 1979. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/19/>. Acesso em: 25 mar. 2017. p. 1051-1076.

¹⁴³ Sobre a paralisia do direito da concorrência, na busca de objetivo único centrado em eficiência, veja-se: “Não parece exagerado falar em paralisia do antitruste. Desde os anos 80, período em que a escola de pensamento neoclássico passou a dominar o quadro teórico e a aplicação prática do antitruste, primeiro nos EUA, e em seguida espalhando sua influência pelo mundo, as reflexões sobre a antitruste vêm perdendo densidade teórica. Doutrina e jurisprudência, sobretudo norte americana e européia contentam-se com pontuais polêmicas entre defensores de teorias neoclássicas ortodoxas e defensores das teorias ditas ‘pós-Chicago’. Tentam então descobrir se um ilícito deve ser justificado com base na eficiência da prática ou se existe alguma estratégia por trás da conduta que leve à prática de free riding e, portanto, a não melhoria da riqueza total. Apesar de (algumas) serem formalmente muito elegantes, essas polêmicas pontuais têm levado a transformações e melhorias bastante marginais no direito antitruste. Nesse quadro o direito antitruste vai sendo cada vez mais relegado a um tratamento meramente prático e casuístico, procurando seus aplicadores interpretar caso a caso qual a melhor aplicação e interpretação (geralmente econômica) da idéia da eficiência. O que mais chama a atenção é que isso ocorre em um momento em que existem diversas teorias econômicas e jurídicas a por em cheque os pressupostos dessa mesma teoria neoclássica, que fundamentam as tediosas discussões sobre eficiência. A maioria dela, se aprofundada, levaria a uma necessidade de revisão integral dos fundamentos e instrumentos de aplicação do

Mesmo se reconhecendo doutrinariamente que a temática segue com grande relevância, a realidade prática aponta para um declínio do número de investigações antitruste em jurisdições paradigmáticas como a dos Estados Unidos da América¹⁴⁴.

Se a origem do entendimento centrado no bem-estar do consumidor pode ser apontada na existência de paradoxos nos entendimentos anteriores¹⁴⁵, a realidade atual permite identificar ainda mais paradoxos neste antitruste tradicional, que, ao concentrar sua finalidade em um único objetivo, acaba remanescendo sem uma finalidade clara¹⁴⁶. Aliás, após crises econômicas sucessivas, não compatíveis ou explicáveis a partir dos postulados de tal entendimento, até mesmo alguns de seus defensores tradicionais passaram a relativizar seus pressupostos fundamentais¹⁴⁷.

Neste cenário, diante das grandes diferenças entre os sistemas jurídicos e considerando o enfraquecimento e as contradições constatados nos pressupostos daquele entendimento mais

antitruste”. SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, jan. 2009. p. 305.

¹⁴⁴ Sobre a situação do direito da concorrência nos Estados Unidos da América, veja-se: “No other country affords private antitrust plaintiffs the combination of (1) broad, civil discovery largely determined by the parties, rather than the courts; (2) the ability to lower individual litigation costs by bringing antitrust claims, at times, as a class; (3) automatic treble damages; (4) recovery of the costs of a successful suit, including reasonable attorney’s fees; (5) broad injunctive relief; (6) a per se illegal standard for evaluating price-fixing and other hard-core cartel behavior; (7) expansive jurisdictional rules; and (8) the use of collateral estoppel for follow-on private antitrust suits. [...] Since 1970s, the number of private antitrust lawsuits and DOJ investigations under sections 127 and 228 of the Sherman Act has declined”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 553.

¹⁴⁵ Consoante é destacado no próprio título de obra paradigmática que apresenta tal entendimento, a saber: BORK, Robert Heron. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1978.

¹⁴⁶ Sobre a existência de mais paradoxos decorrentes da busca de um único objetivo ao antitruste relacionado a aspecto econômico, veja-se: “With the quest for a single economic goal, antitrust progressively became less relevant during the past policy cycle. Among the wreckage from the financial crisis and ensuing Great Recession are laissez-faire economic beliefs. Judge Bork began the last policy cycle by noting several antitrust paradoxes. Today antitrust suffers greater paradoxes. One current paradox is that, in its quest for a single economic goal, U.S. antitrust policy now lacks any clear unifying goal. No consensus exists in defining or measuring consumer welfare or designing legal standards to further this goal. Of course, competition officials can agree that prohibiting certain egregiously anticompetitive behavior (such as price-fixing cartels) can promote their economic goal (whether it is consumer welfare, efficiency, or economic freedom). But these restraints were condemned when antitrust recognized multiple goals. Moreover, in the context of other coordinated conduct (such as group boycott) and monopolization, the current economic goals cannot provide quantifiable, objective benchmarks to guide and assess antitrust policy”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 593.

¹⁴⁷ Para declarações referentes à crise ocorrida em 2008, veja-se: “Em 2008, com a crise mundial, a Escola de Chicago sofreu inegável abalo em alguns de seus pressupostos. Em outubro daquele ano, Alan Greenspan, por anos chefe do Federal Reserve norte-americano e que defendia veementemente a diminuição da carga legal sobre o comportamento das empresas, renegou um dos mais fortes pressupostos do pensamento dominante: ‘I made a mistake in presuming that the self-interest of organizations, specifically banks were such that they were best able in protecting their own shareholders and the equity in their firms’ [...]. Por sua vez, Richard Posner asseverou: ‘a capitalist system cannot consist just on free markets’. [...] Como esclarece o próprio Posner, a rigidez da Escola de Chicago pode já não mais ser a mesma”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 172.

centralizador e único, ganhou mais força o entendimento que preconiza a possibilidade de objetivos outros, que não o único do bem-estar do consumidor naquela perspectiva de excedente econômico¹⁴⁸. Tais objetivos podem ter diferenciações, dependendo de cada país, região, sistema jurídico e das respectivas necessidades e prioridades. Nesse contexto, o direito da concorrência é visto como dotado de um caráter instrumental, podendo ser utilizado para atingir finalidades próprias de cada Estado¹⁴⁹. Inclusive, este caráter instrumental do direito da concorrência já é tido como amplamente aceito em diversas jurisdições, como ocorre no Brasil e na União Europeia¹⁵⁰.

É perceptível, também, que o reconhecimento da instrumentalidade do antitruste mostra-se mais compatível com a já abordada transformação do Estado¹⁵¹ e dos papéis que

¹⁴⁸ Destacando os problemas naquele entendimento da finalidade única ao direito da concorrência e a necessidade de sua superação, veja-se: “The quest in the United States for a single economic goal was a failure. No consensus was ever reached on a specific, well-defined goal. The quest did not significantly improve antitrust analysis or align it closer to rule of law principles. Antitrust’s current objectives of promoting consumer welfare and efficiency are poorly defined. Its prevailing rule-of-reason legal standard fares poorly under rule of law principles. The quest distanced antitrust from important policy issues (such as systemic risk) and rendered antitrust less relevant. Consequently, now is the time to reconsider antitrust’s political, social, and moral concerns”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 593.

¹⁴⁹ Sobre a instrumentalidade da disciplina da concorrência, com diferentes objetivos buscados, veja-se: “A disciplina da concorrência insere-se, assim, em contexto de dupla instrumentalidade. ‘Por um lado, organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições [...] e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, como se vê’. [...] Os debates ancorados apenas na teoria econômica acabam por desviar o ponto fulcral da Lei Antitruste: ela é instrumental a determinada política econômica, possuindo, por consequência, objetivos bem próprios, diversos daqueles das demais leis antitruste”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 87.

¹⁵⁰ Sobre o caráter instrumental da concorrência e sua aceitação no Brasil e na União Europeia, veja-se: “O caráter instrumental da concorrência é uma espécie de consenso no Brasil e na União Europeia (UE), onde uma visão utilitária caracteriza o debate antitruste desde a adoção dos primeiros tratados fundacionais, em que se considerou que a concorrência é um meio para a obtenção de escopos que a transcendem. Essa natureza instrumental da concorrência, na UE, reflete a dimensão social do então mercado comum desde os primórdios da construção europeia e se vincula especialmente aos objetivos delimitados no artigo 3º e 3-A do Tratado da UE, também denominado ‘Tratado de Maastricht’”. SCHNEIDER, Andressa Caroline. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2016. p. 127. Mais especificamente, sobre tal instrumentalidade no antitruste do Brasil, veja-se: “O constituinte e o legislador brasileiro claramente encamparam a tese do reconhecimento e representação dessa pluralidade de interesses na legislação antitruste. Assim é que o art. 170 da Constituição Federal prevê como princípios gerais da ordem econômica, a orientar a aplicação de toda a legislação nessa área, a livre concorrência (inc. IV) e a defesa do consumidor (inc. V). [...] Livre concorrência e proteção do consumidor convivem como objetivos da legislação antitruste brasileira”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 35. Para uma análise mais aprofundada do reconhecimento do caráter instrumental da concorrência especificamente na experiência da União Europeia, veja-se: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Europeia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006.

¹⁵¹ Sobre a importância de se considerar o direito da concorrência e seus objetivos em conformidade com a realidade atual do Estado, veja-se: “O fenômeno a que nos referimos é bem explicado por Habermas. Analisando a atividade governamental, aponta que, a fim de constituir e manter o modo de produção (ou seja, o mercado),

desempenha – e que se entende que deva desempenhar – relativamente à economia. Não surpreende, portanto, que, não obstante tenha sido o berço mais consagrado e reconhecido do antitruste, a experiência dos Estados Unidos da América na temática, ainda com muita ênfase naquela finalidade única e econômica da matéria, já não seja apontada por autores como única – ou mesmo principal¹⁵² – referência a ser considerada no direito da concorrência¹⁵³.

Nesse compasso, é reconhecido que o direito da concorrência, em uma concepção mais atual e uma visão mais condizente com as diferentes realidades de cada sistema jurídico, apresenta-se, não só como um mecanismo para eliminar efeitos autodestrutíveis do mercado, mas, também como um instrumento de política pública¹⁵⁴, com objetivos outros, que não aquela ideia única de bem-estar relacionado à eficiência econômica. Até mesmo porque, ao contrário do ideal de um mecanismo puro, isento de valores sociais e políticos, verifica-se que, inevitavelmente, a disciplina antitruste sempre carregará consigo algum nível de opção política¹⁵⁵. Em verdade, mesmo quando se preconiza uma finalidade única centrada em dita

certos requisitos que viabilizam a continuidade de sua existência não de ser preservados. Por exemplo, o Estado deve assegurar as premissas do direito civil, como as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar. Ao mesmo tempo, deve proteger o mercado contra seus efeitos autodestrutíveis mediante o controle da jornada especial de trabalho, a promulgação de normas antitruste, a estabilização do sistema monetário etc. Essas são, tipicamente, as funções do Estado liberal. Como veremos na terceira parte dessa linha de evolução das normas disciplinadoras da concorrência que estamos traçando, o grande perigo atual está em considerarmos, apenas, essa função restrita da regulamentação antitruste, como se ainda estivessemos no período inicial do liberalismo econômico, desprezando seu processo de evolução, que corre paralelo àquele das funções exercidas pelo moderno Estado Capitalista”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 77.

¹⁵² Com o destaque que vem recebendo o direito da concorrência na União Europeia, argumenta-se que esta já teria assumido a liderança intelectual na temática. Nesse sentido: “So political pressure is needed. Antitrust under the Obama administration is perceived at best as mixed and at worst feeble. Despite having one of the older antitrust laws, the United States, as one former official noted, ‘is no longer viewed as the intellectual leader of antitrust’ (Leah Nylen and Lewis Crofts, ‘To Many, Europe Has Overtaken US as Intellectual Leader on Monopolization,’ mLex – January 29, 2016)”. EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 248.

¹⁵³ Sobre a existência de outros atores em destaque em matéria de antitruste, veja-se: “For decades, the United States had a monopoly on antitrust law. In the last antitrust cycle, we saw an oligopoly, with the European Union and, to lesser degrees, Canada, Japan, and South Korea. The last cycle also witnessed many new entrants and the formation of the International Competition Network. In the next antitrust cycle, some of the BRICs (Brazil, Russia, India, and China) may play a greater role in the competition policy arena”. STUCKE, Maurice. *Antitrust 2025*. *CPI antitrust Journal*, v. 2, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1727251>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 6.

¹⁵⁴ Sobre o reconhecimento do direito da concorrência como instrumento de política pública, tendo, por consequência, finalidades sociais outras, veja-se: “Tendo-se em mente os objetivos da Lei Antitruste, aparece clara, conjuntamente com o aspecto instrumental desse tipo de norma, sua aptidão para servir à implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas entendidas como ‘meios de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia’. Ou seja, o antitruste já não é encarado apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser considerado instrumento (ou meio, conforme a terminologia utilizada por José Francisco Camargo) de que dispõe o Estado para conduzir e conformar o sistema”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 180.

¹⁵⁵ Para o entendimento de que as regras de concorrência, invariavelmente, sempre carregam uma opção política, mesmo quando se preconiza que o seu único fim seria reduzido a aspecto puramente econômico ou de eficiência,

maximização da eficiência econômica, apenas para impedir efeitos autodestrutíveis do mercado, está-se optando por um modelo de eficiência com menor nível de atuação estatal. Com efeito, independente do viés adotado e do entendimento preconizado, a decisão que for tomada sempre implicará alguma escolha, prevalência ou renúncia (*trade-off*)¹⁵⁶.

A partir desta aceitação da natureza também instrumental do direito da concorrência, parte-se para a busca dos critérios que devam pautar os objetivos mais adequados para o antitruste nesta realidade. Sabe-se que, neste contexto, cada sistema jurídico, a depender de sua realidade e de seu estágio de desenvolvimento, poderá preconizar objetivos específicos, de maneira que não seria possível e não haveria utilidade buscar um objetivo único e universal¹⁵⁷. Tal não impede, porém, que sejam investigados os balizadores e os contornos relativos às finalidades que devam pautar o direito da concorrência em determinadas condições. Nesse diapasão, notadamente em economias de mercado, em que se reconhece o papel do Estado regulador, a identificação dos objetivos do antitruste tem partido de um foco no consumidor, mas considerando os interesses deste em uma perspectiva bem mais ampla do

veja-se: “A primeira observação é que, ao contrário do que se apregoa, a aplicação das regras antitruste encerra sempre, ainda que veladamente, uma opção política. Inexiste técnica neutra. Transcurar essa dimensão da disciplina da concorrência impede sua adequada compreensão, reduzindo-a à simplicidade apenas aparente. A afirmação de que ‘a melhor política industrial é não ter política industrial’ implica, como é óbvio, assunção de escolha política – e não mero reconhecimento do resultado da atuação de certa força natural e aprioristicamente mais adequada (eficiente). Esconder o mote político traz consigo a admissão do livre comportamento dos agentes econômicos como única forma de alocar recursos na sociedade, desprezando - ou procurando impedir - o emprego de ferramentas que visem a subjugar os determinismos econômicos. ‘Longe de serem naturais, os mercados são políticos. [...] A questão assume contornos ideológicos bastante marcados porque a definição da concorrência (e de sua proteção) como o ‘único’ fim da legislação antitruste envolve a opção (política) que dá menor (ou nenhuma) importância a outras diretivas e, especialmente, defende o menor grau possível de atuação estatal.” FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 12.

¹⁵⁶ Sobre o *trade off* envolvido em qualquer definição de objetivo para o direito da concorrência, a evidenciar que sempre estará presente aspecto político e social, veja-se: “Even if antitrust technocrats, for normative reasons, limit antitrust to economic goals, they cannot avoid noneconomic values. Antitrust policy has inherent trade-offs. As Hayek noted, ‘It is the essence of the economic problem that the making of an economic plan involves the choice between conflicting or competing ends different needs of different people’. To resolve the trade-offs, one invariably relies on political, social, and moral values. [...] Other trade-offs include (1) a potential increase in inter-brand competition at the expense of reducing intra-brand competition, (2) a merger’s anticompetitive effects in one market offset by procompetitive benefits in another market, (3) mergers and restraints that yield dynamic efficiencies but also higher prices, (4) mergers that yield greater productive efficiencies but reduce product variety, and (5) firms enabled to merge to attain productive efficiencies versus the political and social implications of increased concentration and the competitive distortions of firms too big and too integral to fail”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 605.

¹⁵⁷ Como destaca Paula Andréa Forgioni, uma discussão de um objetivo universal para o direito da concorrência seria estéril, considerando as diferenças entre sistemas jurídicos: “A Lei antitruste desempenhará, em determinados sistemas jurídicos e momento histórico, função diversa daquela assumida em outros sistemas, em outros momentos. Fácil perceber, portanto, que discussões excessivamente gerais sobre os objetivos da Lei Antitruste, sem que sejam referidos o país, a lei e o momento de que se trata, são, de certa maneira, estéreis”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 155.

que aquela puramente econômica a que se fez alusão anteriormente¹⁵⁸. Tal associação, inclusive, é coerente com a complementariedade que historicamente se reconhece entre o direito da concorrência e a defesa do consumidor¹⁵⁹.

Uma variação deste novo enfoque no consumidor é a que identifica a finalidade do antitruste na efetivação do direito de escolha do consumidor (*consumer choice*)¹⁶⁰. De acordo com este entendimento, as limitações apontadas àquela indefinida noção de bem-estar do consumidor poderiam ser superadas com um foco na viabilização de efetivas alternativas de escolha para o consumidor¹⁶¹. Nessa teoria, que obviamente não restou imune a críticas¹⁶²,

¹⁵⁸ Este foco no consumidor da definição dos objetivos da defesa da concorrência pode ser percebido pelo crescente número de estudos acadêmicos centrados justamente neste aspecto, sendo exemplos: SCHNEIDER, Andressa Caroline. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2016. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010.

¹⁵⁹ Reconhecendo a complementariedade do antitruste e da defesa do consumidor, mesmo estando em ramos distintos do direito, veja-se: LORENZETTI, Ricardo. Artigo sobre Defesa de La Competencia. La realidad y la Regulación. *Debates em Direito da Concorrência*, Brasília, Advocacia-Geral da União, 2011. p. 317-326. Em sentido semelhante: SCHNEIDER, Andressa Caroline. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2016. CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁶⁰ Sobre a importância de se relevar a escolha do consumidor em matéria de antitruste, veja-se: “É impossível garantir que não haja qualquer perda social, isto é, não se pode dizer que todas as perdas sociais ocasionadas por uma concentração que exclui concorrentes do mercado encontrarão suficiente compensação no benefício para os consumidores consistentes na diminuição de preço decorrente de algum ganho de escala. A diminuição da possibilidade de escolha do consumidor (talvez não por preço, mas por qualidade do produto) e a concessão de poder sobre o mercado a um produtor que pode vir a utilizá-lo no futuro para aumentar os preços de forma a suplantarem o benefício decorrente de sua própria redução de custos, são custos para o consumidor que não podem ser desconsiderados”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 32-33.

¹⁶¹ Apontando a possibilidade da definição da escolha do consumidor como o objetivo a ser buscado, veja-se: “The current paradigms of antitrust law – price and efficiency – do not work well enough. True, they were an immense improvement over their predecessors, and they have served the field competently for a generation, producing reasonably accurate results in most circumstances. Accumulated experience has also revealed their shortcomings, however. The price and efficiency paradigms are hard to fully understand and are not particularly transparent in their application. Moreover, in a disturbingly large number of circumstances they are unable to handle the important issue of nonprice competition. In this article, we suggest replacing the older paradigms with the somewhat broader approach of ‘consumer choice’. The choice framework has several advantages. It takes full account of all the things that are actually important to consumers – price, of course, but also variety, innovation, quality, and other forms of nonprice competition. It is also far more transparent, which is an important administrative virtue even where, as in the great majority of cases, it will reach the same result. And in some important real-world situations it will lead to better substantive outcomes. There are a number of variety-valuing industries and circumstances that can be assessed correctly only by including an effective analysis of nonprice factors. The consumer choice model of antitrust is being used with increasing frequency because, fundamentally, it asks the right questions and identifies the right goals. It explains accurately, simply, and intuitively, better than the price or efficiency models can, why antitrust is good for consumer welfare. It is more transparent and provides a better initial rule of thumb for what antitrust is all about. It should lead to a better final analysis of several important types of antitrust situations and should not lead to an inferior analysis of any type of situation. And it can be implemented in at least as administrable and predictable a manner as other models”. AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the consumer choice approach to antitrust law.

sustenta-se que o bem-estar do consumidor não poderia ser medido unicamente com base no preço dos produtos e serviços e no excedente do consumidor, sendo necessário focar, também, em variedade, inovação, qualidade e outras formas de concorrência não baseadas em preço, de maneira a facultar ao consumidor um leque maior de opções diferentes no mercado.

Mais hodiernamente, vem sendo proposta uma finalidade para o direito da concorrência com foco no consumidor em uma perspectiva ainda mais ampla. Assim, em substituição àquela finalidade centrada no bem-estar do consumidor em sentido estrito e econômico (*consumer welfare*), propõe-se que o objetivo a ser buscado seja o bem-estar do consumidor em sentido amplo (*consumer well-being*)¹⁶³. Utilizando-se de estudo específico da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre indicadores do bem-estar¹⁶⁴, depreende-se que este *consumer well-being* tem um sentido bastante amplo, envolvendo tanto bem-estar em uma perspectiva material mínima (com receita, patrimônio,

Antitrust Law Journal, v. 74, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121459>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 176.

¹⁶² Em crítica à teoria centrada na escolha do consumidor e sustentando que os problemas atuais do direito da concorrência decorreriam, não da aceitação da finalidade única baseada em bem-estar do consumidor em sentido estrito, mas da falta de coerência na aceitação de tal objetivo a ser buscado, veja-se: “The ‘consumer choice’ standard is the latest challenge to the welfarist understanding of antitrust. In a series of articles, Neil Averitt and Robert Lande present the consumer choice standard as an alternative to efficiency or welfare standards – including not only the ‘consumer welfare’ and ‘total welfare’ standards but even the ‘consumer surplus’ standard. Perhaps the clearest articulation of the consumer choice standard is that ‘[a]n antitrust violation can ... be understood as an activity that unreasonably restricts the totality of price and nonprice choices that would have otherwise been available. [...] The fatal flaw in the consumer choice standard is that it simply, indeed simplistically, rejects economic analysis of consumer preferences as the fundamental guiding principle of antitrust analysis, including the preferences consumers express in making unavoidable tradeoffs between price and nonprice values. The consumer choice standard rejects even the view that the role of antitrust is to protect the competitive process as one that produces desirable outputs (i.e., consumer welfare) in favor of an antitrust regime that analyzes nonprice competition as a standalone and inviolable virtue”. WRIGHT, Joshua; GINSBURG, Douglas. The goals of antitrust: welfare trumps choice. *Fordham Law Review*, n. 81, 2013. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/9/>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 2409.

¹⁶³ Sobre a proposta de um conceito mais lato para o entendimento acerca do bem-estar do consumidor como a finalidade a ser buscada na concorrência (*consumer well-being*), veja-se: “Nessa senda, Eugène Buttigieg propõe a ideia de consumer well-being em substituição à ideia de consumer welfare: enquanto esta compreende o bem-estar econômico, apresentando-se como resultado de dispêndios menores, pelo consumidor, decorrentes de preços menores, o termo well-being se refere ao bem-estar em sentido lato, envolvendo a ideia de qualidade de vida, o que inclui um novo paradigma de consumo, em que produtos e serviços tenham atributos que superem o fator ‘preço’ (que não deve, porém, ser desconsiderado), como qualidade, variedade, sustentabilidade, responsabilidade social e afins. Esses fatores, para além do preço, falam, igualmente, de bem-estar, sob a ótica do consumidor, e correspondem a eficiências, ainda que menos convencionais, que dependem das preferências dinâmicas dos consumidores no que tange a ‘non-price criteria such as quality, speed of delivery, after sales service, new or better products etc’”. SCHNEIDER, Andressa Caroline. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2016. p. 137. Para o texto original referido pela autora, veja-se: BUTTIGIEG, Eugène. *Competition law: safeguarding the consumer interest*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2009. p. 01.

¹⁶⁴ Para o detalhamento do estudo completo produzido pela OCDE, veja-se: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Compendium of OECD well-being indicators*. OECD, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

trabalho, recebimentos e moradia), quanto bem-estar em uma perspectiva de qualidade de vida (com saúde, equilíbrio entre trabalho e vida privada, educação, habilidades, conexões sociais, engajamento civil, governança, qualidade do meio ambiente, segurança pessoal e bem-estar subjetivo)¹⁶⁵. E se preconiza que, sendo o objetivo final do antitruste este bem-estar do consumidor em sentido lato (*well-being*), este deve envolver os dois aspectos mutuamente indispensáveis: bem-estar material e qualidade de vida¹⁶⁶.

Naturalmente, tal qual foram apresentadas críticas envolvendo a indefinição do conceito de bem-estar em sentido estrito e econômico (*consumer welfare*), mesmo com tal detalhamento do entendimento acerca do bem-estar do consumidor em sentido amplo (*consumer well-being*), a sua conceituação de maneira mais global, abrangendo tais diferentes aspectos, já é suficiente para levar a uma indefinição dos efetivos objetivos do antitruste – agora não mais pela concentração em um indefinido conceito, mas sim pela ampliação para muitos vetores, nem sempre confluentes. Torna-se necessário, então, empreender na forma de conciliação destes vetores, a fim de tornar a finalidade baseada neste *well-being* possível na prática.

Nesse sentido, preconiza-se que o *well-being*, dentro dessa concepção, deva ser entendido como um balanceamento entre múltiplos objetivos, tendo naturalmente dimensão

¹⁶⁵ Sobre o *well-being* ser a finalidade buscada, com a conseqüente necessidade de sua definição, veja-se: “If antitrust’s ultimate goal is to promote well-being, we must then address what constitutes well-being. Webster’s Dictionary defines well-being as the state of being happy, healthy, or prosperous. But being prosperous or healthy does not necessarily mean greater happiness. Well-being, as the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) found, is multi-faceted. Promoting well-being entails promoting (1) material well-being (income and wealth, housing, and jobs and earnings) and (2) quality of life (health status, work and life balance, education and skills, social connections, civic engagement and governance, environmental quality, personal security, and subjective well-being)”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 600.

¹⁶⁶ Para uma aproximação do conceito de *well-being*, reconhecendo que este envolve tanto a esfera material, quanto a de qualidade de vida pessoal, veja-se: “Should antitrust law then promote (1) only material well-being or (2) both material well-being and quality of life? Advances in the literature of happiness economics will enable policymakers to tailor governmental policies to promote well-being (or at least minimize sources of unhappiness, such as unemployment, mental illness, or inadequate health care). It is apparent, however, from the available evidence that one cannot maximize well-being by maximizing only one component. After one’s basic needs are met, the economic literature shows, increasing income and wealth does not significantly increase well-being. One of the few well-being metrics in which America excels is material well-being. The average household disposable income in the United States in 2008 was \$37,690 per year, and average U.S. household’s financial worth was an estimated \$98,440 much higher than the OECD averages of \$22,284 and \$36,808, respectively. Increasing aggregate material well-being will not necessarily increase overall well-being. If a larger pie means greater wealth inequality, the wealthier will not necessarily be happier, and there will be greater incentives for the wealthy to use the law to safeguard their interests. Promoting wealth maximization (to the exclusion of other values) can also promote status competition, selfishness, and envy, and can marginalize other values correlated with greater happiness. Thus, the greater issue is fairness, namely how well the resources are distributed”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 603.

social e política¹⁶⁷. Esta visão ampliada do bem-estar do consumidor mostra-se, também, mais compatível com entendimentos mais recentes do próprio conceito de consumidor e dos interesses a serem relevados quando se propõe a sua defesa, de maneira a incluir consumidores potenciais¹⁶⁸ e eficiência em perspectiva intergeracional¹⁶⁹.

Com a abertura para mais objetivos e sendo esses de maior amplitude, com interesses mais complexos a serem considerados, igualmente, é reconhecida a necessidade de se ter regras e padrões legais (*standards*) mais precisos e claros, não podendo se manter, neste caso,

¹⁶⁷ Adentrando ao conceito de bem-estar do consumidor em sentido lato (*well-being*) e reconhecendo que tal somente é possível com cumulação e balanceamento entre objetivos, Maurice Stucke afirma: “Other than for idealists, competition policy in any democracy with reasonable pluralism cannot be reduced to a single, well-defined goal. Any antitrust policy, which seeks to promote well-being, must balance multiple political, social, moral, and economic objectives”. E detalhando o funcionamento desta proposta, argumenta: “To illustrate how blending goals works, we can combine several popular competition goals, ensuring: (1) an effective, competitive process by enhancing efficiency, while promoting economic freedom; (2) a level playing field for small and mid-sized enterprises; and (3) fairness. In blending these goals, lawmakers can hope to expand the range of entrepreneurial opportunity seeking to satisfy any increasing consumer demand for choice. [...] A blended goal could promote rivalry and consumer choice, which are the essential conditions for guaranteeing competition and sustainable incentives for innovation. [...] This blended approach is not novel. For example, the European Commission infers anticompetitive effects when a monopolist prevents its customers from testing the products of competitors or provides financial incentives to its customers on condition that they do not test such products, or pays a distributor or a customer to delay the introduction of a competitor’s product”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 624.

¹⁶⁸ Sobre a contraposição entre consumidores efetivos e consumidores potenciais e a necessidade de proteção dos interesses também destes, especialmente em serviços e setores essenciais, veja-se: “Existe, de um lado, o consumidor efetivo do serviço, ou seja, aquele que tem acesso à utilidade pública e que se equipara à definição tradicional de consumidor. Os direitos deste consumidor são os clássicos direitos inerentes à relação de consumo, tal como a qualidade do serviço, a responsabilidade do fornecedor ou a justeza do preço, traduzida, aqui, em modicidade tarifária. Porém, em sede de serviços essenciais, há uma outra categoria de consumidor que podemos divisar. Trata-se do ‘consumidor potencial’ da utilidade pública, aquele que, por razões econômicas, geográficas ou sociais não tem acesso ao serviço essencial, em que pese este ser, por definição, fruível por todo e qualquer um. No caso do consumidor excluído da fruição do serviço (que sendo essencial deve ser estendido a todos, pois que o caracteriza o traço da universalização) o principal direito a ser pejudado é o acesso ao serviço. Somente após dele dispor é que passarão a integrar sua pauta de interesses a qualidade ou os custos. A distinção entre estas duas categorias coloca-se extremamente relevante na discussão em torno da noção de ‘preço justo’ pelo serviço (modicidade tarifária). [...] E o risco aqui é que esta oposição seja, desafortunadamente, arbitrada em favor dos primeiros, via de regra mais articulados e mobilizados”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 86.

¹⁶⁹ Para uma concepção básica acerca do entendimento da eficiência em uma perspectiva intergeracional, veja-se: “Um critério de eficiência se faz necessário se pretendemos investigar os aspectos de alocação de um bem público intergeracional. O conceito de eficiência intergeracional de Pareto (IPE) é aplicado e corresponde a uma posição na qual não é possível melhorarmos o bem-estar de qualquer pessoa em época alguma sem prejudicarmos alguma outra pessoa da geração atual ou de alguma outra geração (Page, 1977; Sandler e Smith, 1976). O Critério de eficiência intergeracional de Pareto aplica o princípio de Pareto no tempo e no espaço porque leva em conta todos os períodos relevantes. Em particular, a otimização intergeracional de Pareto exige que a maximização da utilidade do indivíduo *i* seja sujeita à constância da utilidade de todos os outros indivíduos nas áreas e gerações relevantes. Além disso a função de transformação da produção e as limitações da produção-consumo do bem privado devem ser satisfeitas. Para alcançar a eficiência intergeracional de Pareto, o provedor do bem público intergeracional tem de levar em conta os benefícios marginais que o bem público de longa duração confere às pessoas na geração presente e nas futuras em ambas as regiões. Assim, o transbordamento de benefícios dos bens públicos a outras regiões e às gerações futuras deve ser levado em conta”. SANDLER, Todd. Bens públicos intergeracionais: estratégia, eficiência e instituições. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Bens Públicos Globais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 67.

um sistema aberto com regra flexível de aplicação totalmente casuística (como ocorre com a *rule of reason*¹⁷⁰ tradicional do modelo dos Estados Unidos da América)¹⁷¹.

Ou seja, propõe-se o reconhecimento de objetivos mais abertos para o direito da concorrência, com a concomitante adoção de regras de conduta e padrões legais mais claros de como estes objetivos devam ser conciliados no respectivo sistema jurídico. Considerando a referida divergência de objetivos do antitruste em diferentes países e a necessidade cada vez mais premente de maior convergência entre os sistemas jurídicos em mercados globais, este entendimento baseado em bem-estar amplo do consumidor (*consumer well-being*), cumulado com regras e padrões mais claros, poderia facilitar esta convergência¹⁷², até o momento distante de ser constatada¹⁷³.

¹⁷⁰ Para um detalhamento da conceituação e da aplicação prática da *rule of reason* na experiência antitruste dos Estados Unidos da América, veja-se, por todos: HOVENKAMP, Herbert. The rule of reason. *University of Pennsylvania Institute for Law and Economics, Research Paper Series*, n. 17-28, jul. 2017. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/>>. Acesso em: 26 set. 2017.

¹⁷¹ Sobre a necessidade de se estabelecer regras com padrões claros de conduta para impedir que a cumulação de objetivos não se torne incompreensível, veja-se: “One risk of the blended goal approach, therefore, is incorporating multiple goals into the Court’s prevailing legal standard, the rule of reason. One cannot have, consistent with the rule of law, a fact-specific weighing standard and multiple policy objectives. Having the agencies and courts blend goals in every antitrust case is a recipe for disaster. It is questionable whether antitrust enforcers and courts can operationalize multiple goals in a systematic fashion. Moreover, allowing them to blend goals provides greater freedom to make errors and be politically captured. Accordingly, if courts and antitrust enforcers acknowledge antitrust’s traditional political, social, and moral goals, then the rule of reason cannot be antitrust’s prevailing legal standard. Instead, they must blend such goals into clearer rules and legal presumptions. Ultimately, the debate is which is the better trade-off: a single well-defined goal/rule-of-reason standard or multiple goals/clearer rules. As this Article discusses, the quest for a single well-defined goal has failed”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 614.

¹⁷² Sobre os benefícios do reconhecimento da cumulação de objetivos, com estabelecimento de regras de conduta mais claras, notadamente para a convergência entre os países, veja-se: “Second, as private and public antitrust enforcement increases globally, the costs from uncertain and inconsistent legal outcomes will likely increase. Thus, the demand for convergence increases. Convergence can occur on two levels: goals and/or legal standards. As the ICN surveys show, competition authorities have not converged, nor will they likely converge, on a single well-defined antitrust goal. [...] Consequently, any global convergence will be on the legal standards. With different antitrust objectives, however, one cannot expect the same legal standards globally. So, the convergence will not be over the substance of the standard, but the extent to which the legal standard conforms to rule of law principles. Multi-national companies likely will demand convergence on legal standards that provide greater transparency, objectivity, accuracy, and predictability. They increasingly will demand clearer rules that their employees can easily internalize (and reduce compliance costs), that will bind them and their competitors, and that will enable them reasonably to anticipate what actions would be prosecuted so that they can channel their behavior in welfare- enhancing directions”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 622.

¹⁷³ Como revelam as decisões antagônicas adotadas pelos Estados Unidos da América e a União Europeia nos paradigmáticos casos envolvendo a Microsoft e o Google, há distância, ainda, entre os entendimentos acerca do antitruste. Para uma análise específica de tais casos nas diferentes jurisdições, veja-se: DIEZ, Fernando. *Google, in the aftermath of Microsoft and Intel: the right approach to antitrust enforcement in innovative High Tech Platform Markets?* Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2082882>>. Acesso em: 26 set. 2017. Ou, ainda, a recomendação de impugnação da operação entre AT&T Inc. e Time Warner Inc. pelo CADE no Brasil, mesmo que a operação já contasse com aprovação, sem restrições, em outras jurisdições. Nesse sentido, veja-se: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer n. 05/2017/CGAA4/SGA1/SG. *Ato de*

Outrossim, tal entendimento baseado em uma concepção mais ampla do bem-estar do consumidor também é tida como apta a melhor se adaptar às realidades diferentes de países em desenvolvimento e já desenvolvidos, ponto bastante criticado naquela perspectiva unitária de *welfare* antes abordada¹⁷⁴. Ao se reconhecer que o bem-estar do consumidor (*consumer well-being*) abranja tanto dimensão material, quanto de qualidade de vida, possibilita-se que a adequação à realidade de cada país seja realizada no detalhamento das regras e dos padrões legais, uma vez que, naturalmente, em países em desenvolvimento as questões relacionadas à perspectiva material mínima tendam a ser mais prementes do que em países desenvolvidos¹⁷⁵.

Portanto, em análise das perspectivas que se apresentam para o futuro do antitruste, cogita-se, basicamente, de dois cenários. O primeiro, consiste na manutenção e na prevalência da questionada concepção tradicional, identificando a finalidade do antitruste exclusivamente com aquela noção econômica e restrita de bem-estar do consumidor¹⁷⁶. Pelo que foi exposto

concentração n. 08700.001697/2017-15. 2017. Disponível em: <<http://http://sei.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹⁷⁴ Sobre a necessidade de considerar a realidade de desenvolvimento do país na identificação do objetivo do antitruste, veja-se: “Mas não param por aí as dificuldades. Existe um outro tipo de problema, não relacionado diretamente à doutrina e jurisprudência antitruste elaborada nos países hoje ditos desenvolvidos, mas sim à sua incorporação em outros países de realidade econômica bastante diversa. É o que ocorre no próprio direito antitruste. Países como o Brasil, cujo passado colonial e toda a evolução econômica posterior levaram a uma concentração econômica histórica e estrutural não podem aplicar direta e acriticamente teorias (como a de Chicago e suas adaptações posteriores) desenvolvidas para realidades econômicas completamente diversas em que a desconcentração econômica era (e é) muito mais intensa. O desenvolvimento de uma teoria jurídica própria que se ocupe dessas estruturas não apenas levaria à criação de um pensamento jurídico regional e original, mas também e mais importante que tudo, permitiria tratamento econômico e jurídico mais coerente da realidade específica desses países”. SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, jan. 2009. p. 305.

¹⁷⁵ Sobre a possibilidade de diferenciação do conteúdo material do *well-being*, a depender das condições de desenvolvimento do país, já que o bem-estar em sentido lato envolve, também, garantias materiais: “Income inequality in the United States increased significantly during the past antitrust policy cycle. The United States has the fourth highest rate of income inequality and relative poverty (17.3% of people [are] poor compared to an OECD average of 11.1%) in the OECD. Other policy challenges involve quality-of-life issues, such as work and life balance, social connections, safety, and environmental quality, including how efficiently the United States uses its natural resources. Consequently, in developed countries like the United States, an antitrust goal to maximize wealth (to the exclusion of other goals) will not necessarily increase (in fact, can even reduce) overall well-being. To maximize well-being, any competition policy must balance the promotion of material well-being with quality-of-life factors, such as freedom and self-determination, while not deterring the exercise of compassion and interpersonal relationships. Such a policy is not difficult to imagine. Competition in dispersing political and economic power can increase economic opportunity and personal autonomy, a key predictor of happiness. Citizens can choose to purchase from (and work for) firms that align with their personal, religious, and ethical values. When a firm engages in exploitative, unfair behavior, a competitive market provides alternatives. Positive sum competition provides richer social connections as people use their personal vigor, imagination, devotion, and ingenuity to help others. In promoting productive and dynamic efficiencies, antitrust can promote sustainable consumption and production. Greater productive efficiency can increase leisure time, which employees can use to contribute their unique skills to community volunteer work. In enabling these activities, which are correlated generally with healthier and happier people, competition can promote well-being”. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 602.

¹⁷⁶ Analisando os cenários possíveis para o futuro próximo do antitruste, assim é apresentado o primeiro cenário por Maurice Stucke: “The first scenario is the status quo. Antitrust’s conception of competition remains confined

anteriormente, trata-se de cenário que vem sendo alvo de inúmeras críticas, não sendo adequado à realidade da maioria dos países (o que justifica que ainda encontre mais defensores justamente nos Estados Unidos da América). O segundo, corresponde ao reconhecimento e à aceitação da ampliação dos objetivos do antitruste, de maneira a abranger aspectos políticos, sociais e éticos¹⁷⁷. Neste cenário, aceita-se o caráter instrumental do direito da concorrência e sua finalidade é ampliada¹⁷⁸, inclusive para abranger um entendimento mais amplo do bem-estar do consumidor, seja na perspectiva de maximização de suas possibilidades de escolha, seja na perspectiva ainda mais ampla de *well-being*. Tem-se que este cenário se mostra mais compatível com a realidade da maioria dos países e coerente com as evoluções mais recentes em matéria de antitruste.

Destarte, do que foi possível observar a partir da investigação realizada concernente às finalidades reconhecidas ao antitruste, a questão não é de todo pacífica, havendo ainda significativas divergências e questionamentos. Não obstante, tem prevalecido o reconhecimento da natureza instrumental do antitruste, em que este também é tido como um meio para atingir determinadas finalidades de natureza política e social, não apenas tendo uma dimensão econômica e de superação das falhas do mercado, em conformidade com cada sistema jurídico. Não há, neste contexto, uma finalidade única e universal que possa ser

to the neoclassical world of rational profit-maximizers with willpower. The goal of competition law will be promoting total or consumer economic welfare. With a narrow construction of competition and narrow economic goal, antitrust law will continue to diminish in importance in the United States. [...] If competition policy promotes only short-term economic welfare, it will not necessarily promote political or social goals, be less relevant to the public, and be easier to marginalize during times of economic crisis". STUCKE, Maurice. Antitrust 2025. *CPI antitrust Journal*. v. 2. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1727251>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 10.

¹⁷⁷ Sobre este segundo cenário, assim se manifesta Maurice Stucke: "Under the second scenario, policymakers in the next antitrust cycle will reexamine the three questions. In evaluating the assumptions underlying the prevailing conceptions of competition, they will look beyond neoclassical economic theory. Policymakers will consider the developments in such inter-disciplinary areas as behavioral, neuro-identity, new institutional, and evolutionary economics, and embrace other disciplines. Some of the key assumptions underlying the current conceptions of competition will be relaxed or displaced. What will emerge will be more complex, but more realistic, conceptions of competition; these too will draw into question the enforcers' ability to predict behavior in these markets. Over the next thirty years, the goals of competition law, driven by several forces, will broaden to include political, social, and ethical concerns. As a result, there will be greater demand for clearer legal standards". STUCKE, Maurice. Antitrust 2025. *CPI antitrust Journal*, v. 2, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1727251>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 10.

¹⁷⁸ Sintetizando seu entendimento acerca das finalidades do direito da concorrência e reconhecendo a instrumentalidade deste, assim se posiciona Ana Frazão: "...apontou-se pelo menos algumas das principais consequências da mencionada proposta: (i) o reconhecimento da instrumentalidade do art. 173, § 4o, da Constituição; (ii) a necessidade de que o controle do poder econômico seja examinado e compreendido a partir da ordem econômica constitucional, inclusive no que diz respeito à finalidade desta de assegurar a todos uma vida digna de acordo com os ditames da justiça social (art. 170, *caput*) e em conformidade com os demais princípios listados nos incisos do art. 170; [...] (iv) a necessidade de uma maior abertura do Direito da Concorrência, tanto no que diz respeito aos seus propósitos, como no que diz respeito às suas metodologias". FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 56.

atribuída ao direito da concorrência, mas uma tendência de ser amplamente reconhecido que tal finalidade tenha ligação estrita com a preservação do bem-estar do consumidor, com prevalência da sua interpretação em sentido mais lato.

Realizada esta primeira aproximação da finalidade do direito da concorrência, passe-se, na sequência, à tarefa similar, desta feita, porém, abrangendo a regulação setorial.

A.2 Regulação setorial

Tendo sido implementado o estudo sobre as finalidades reconhecidas ao antitruste, resta facilitada a realização do mesmo estudo, desta feita focado na regulação setorial. Há semelhanças que possibilitem trilhar caminho similar ao que foi implementado em relação ao direito da concorrência. Com efeito, como destacado com referência ao antitruste, também a regulação consiste em temática de difícil conceituação, sendo, consoante adiantado, expressão polissêmica por natureza¹⁷⁹.

Da mesma forma, ainda, a realidade prática evidencia que a conceituação e as finalidades que são atribuídas à regulação também variam conforme a época e os sistemas jurídicos. De maneira semelhante, questiona-se se a regulação e o antitruste deveriam ser interpretados como garantias sistêmicas ou, mais pragmaticamente, como instrumentos de política pública¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Conforme mencionado em nota da introdução desta tese, regulação é uma expressão polissêmica, por natureza, sendo de difícil descrição. Nesse sentido: “Conceitos não exclusivos de uma área do conhecimento, e que acabem empregados em diversas disciplinas e na linguagem corrente, apresentam quase sempre a característica de serem polissêmicos, i.e., terem ligados a si diversos significados. O termo regulação, bastante utilizado em tempos recentes pelo Direito, pela Ciência Política e pela Economia, é um deles”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 13. Em sentido semelhante: FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Fórum, ano 3, n. 9, jan.-mar. 2005. p. 207-217.

¹⁸⁰ Questionando a caracterização do antitruste e da regulação como garantias sistêmicas ou instrumentos de política pública, veja-se: “Uma pergunta fundamental a ser feita em matéria de antitruste e regulação é a seguinte: seria ela uma garantia sistêmica/institucional – isto é, teria ela uma conformação básica necessária -, ou seria apenas um instrumento de política econômica? Se optarmos pela última alternativa, a conclusão é que a aplicação de ambos os instrumentos é feita em conjunto com tantos outros (como política monetária, fiscal etc.), e, portanto, que as aplicações do antitruste e da regulação podem variar conforme os ditames conjunturais econômicos e políticos, podendo, inclusive, eventualmente ser desaplicados. Se, por outro lado, optarmos pela primeira, é forçoso reconhecer que ambos os conjuntos normativos têm um conteúdo mínimo a ser preservado”.

Novamente, contudo, não se almeja nesta tese promover profunda recuperação histórica da regulação¹⁸¹, desde sua origem mais hodierna na experiência dos Estados Unidos da América de intervenções a favor do mercado¹⁸². Igualmente, não se pretende simplesmente discorrer longamente e adotar umas das teorias (e escolas) da regulação. Limitar-se-á a abordar as escolas mais proeminentes, para que seja possível avançar no estudo ora proposto.

Com efeito, é conhecida a classificação da teoria do interesse público¹⁸³ e o desenvolvimento da escola do serviço público¹⁸⁴, com a posterior resposta da teoria da

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 135.

¹⁸¹ Consoante realizado em relação ao antitruste, o foco deste capítulo é centrado nas finalidades atribuídas à regulação, não sendo necessário, portanto, o seu aprofundamento histórico. Para um brevíssimo histórico da regulação, veja-se: “A disciplina americana da regulação nasce e se desenvolve a partir da concepção clássica de regulação dos monopólios. Não se procura desmontá-los ou criar condições para que apareça a concorrência. Parte-se do pressuposto de que aqueles são setores em que a concorrência é impossível, onde, portanto, ou existe um monopólio natural, ou existem condições que farão a concorrência desaparecer, transformando o setor em um oligopólio cartelizado. A regulação procura, portanto, substituir todas as variáveis concorrenciais, recriando as condições de mercado. Essa forma de regulação dura do início dos anos 50, ápice do movimento regulatório nos EUA, até os anos 80. Nessa época a regulação passa a mudar de forma. Em alguns setores tende claramente à desregulação, em outros (como telecomunicações, por exemplo) tende no sentido da criação de condições favoráveis ao desenvolvimento da concorrência”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 140.

¹⁸² Sobre a origem da regulação, veja-se: “A origem norte-americana dessa solução interventiva, que se chama de leve, pois não se dá contra o mercado, mas em seu favor, veio a ser essa a resposta à necessidade, mais gravemente sentida nas duas Guerras Mundiais, de corrigir os problemas existentes nos setores críticos, por certo simultaneamente superando a inércia do liberalismo clássico e o rigor asfíxiante das formas radicais estatizantes. [...] Com efeito, a instituição de uma nova geração desses entes, especialmente voltados à disciplina de setores críticos específicos do mercado, permitiu àquele País graduar e minimizar, durante a Segunda Guerra Mundial, as intervenções reclamadas para assegurar o bom funcionamento de sua indústria e de seu comércio, superando, assim, o difícil e incerto período das grandes conflagrações com um mínimo de exceções aos postulados liberais, assentados em suas tradições políticas”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 6.

¹⁸³ Para uma visão geral da teoria do interesse público, veja-se: “As primeiras teorias desenvolvidas para justificar a intervenção do Estado sobre a atividade econômica, pela via da regulação, calcaram-se no reconhecimento das falhas de mercado. A existência dessas falhas impediria que determinados mercados funcionassem adequadamente com fundamento apenas nas liberdades de iniciativa e concorrência, fazendo-se necessária a intervenção do poder público, através de mecanismos regulatórios impostos aos agentes econômicos pela força cogente do direito, a fim de reduzir os seus efeitos deletérios, tais como exercício de poder de mercado, sobreutilização de bens públicos, seleção adversa. Assim, moveriam a regulação estatal interesses públicos relevantes, razão pela qual os trabalhos que advogaram essa visão foram reunidos sob a alcunha de ‘Teoria do Interesse Público’, de forte desenvolvimento a partir da década de 1930, a reboque do movimento de intervenção estatal que se seguiu à crise de 1929 e da política do New Deal nos EUA. Tratava-se de teóricos que tinham uma visão positiva da regulação, que seria capaz de resolver, ou pelo menos atenuar, os problemas decorrentes das falhas de mercado”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

¹⁸⁴ Sobre a Escola do serviço público, veja-se: “A Escola do Serviço Público começa a ganhar contornos mais definidos com Leon Duguit. A relevância desse autor, que transforma em peça fundamental no desenvolvimento dessa Escola, está na importância por ele atribuída à noção de serviço público. A noção de serviço público em Duguit é evidentemente ‘hipertrofiada’. Para ele a própria noção de Estado confunde-se com a de serviço público, chegando a afirmar que o Estado é apenas uma ‘cooperação de serviços públicos organizados e controlados por governantes’”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 24.

regulação econômica e os consequentes movimentos de desregulação¹⁸⁵. Também são conhecidas e já bem investigadas as críticas, tanto as positivas, centradas nas consequências que podem advir de uma regulação mal realizada e nos riscos de captura e de corrupção inerentes à regulação¹⁸⁶, quanto as negativas, especialmente no que se refira à impossibilidade de exata reprodução em laboratório das condições de mercado e na não consideração de objetivos outros para a ação regulatória dos Estados¹⁸⁷. O conhecimento destas teorias e escolas é relevante, mas não suficiente, para a adequada análise das finalidades da regulação, efetivo objetivo do presente capítulo.

Naturalmente, a compreensão da regulação igualmente passa pelo reconhecimento da mencionada transformação do papel do Estado e da sua relação com a economia. É bem aceito que, no momento em que o Estado deixa de ser o prestador, passando a intervir sobre o domínio econômico, por direção e indução, de forma indireta, com a abertura para a concorrência nos mercados, a regulação mostra-se necessária e relevante¹⁸⁸. Aliás, a

¹⁸⁵ Para uma compreensão da teoria econômica da regulação e da sua consequência na desregulação, veja-se: “Na verdade, a teoria econômica da regulação, orientada pelo neoclassicismo, crê poder prever os resultados e, conseqüentemente, indicar os fins da atividade econômica. A regulação serve apenas como substituto do mercado. O regulador é ou deveria ser capaz de reproduzir um mercado em laboratório ou, melhor dizendo, nos gráficos de oferta e demanda. Evidentemente, porque baseada na crença cega no mercado, para tal teoria a regulação só será necessária enquanto não existir solução de mercado mais eficiente. [...] Deve haver regulação, portanto, em setores caracterizados por monopólios naturais, nos quais há informação inadequada ou condições estruturais que levem a uma concorrência excessiva ou predatória. Em pouco tempo tornam-se evidentes os defeitos dessa forma de regulação. [...] Nesse momento, são as próprias origens teóricas dessa Escola a indicar o caminho a ser trilhado. É a desregulamentação ou desregulação”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27.

¹⁸⁶ Destacando os aspectos positivos da teoria da regulação econômica, veja-se: “Por outro lado, não se trata, de modo algum, de negar a enorme contribuição que a Teoria da Regulação Econômica trouxe ao debate, ao alertar para as consequências perversas que podem advir de uma regulação mal-feita, que não preveja mecanismos adequados de proteção contra captura e corrupção dos reguladores. Especialmente em países emergentes, em que geralmente há forte concentração econômica decorrente de questões históricas, onde as fronteiras entre público e privado ainda não estão totalmente definidas e a tentação a medidas populistas e imediatistas pode ser maior, tem-se alertado, inclusive, para o risco de captura governamental, que ocorreria quando o Chefe da Administração direta procurasse satisfazer vontades político-partidárias imediatistas em detrimento da boa regulação, entendida como aquela pensada no longo prazo, como política de Estado”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 68.

¹⁸⁷ Sobre as falhas das Escolas referidas e a existência de finalidades próprias para a regulação, veja-se: “As falhas dessa concepção neoclássica são, hoje, evidentes. A reprodução em laboratório de condições de mercado é inviável, seja através da regulação ou da auto-regulação. Há, também, o fato inegável de que concentração exclusiva na lógica de mercado desvia as atenções de outros e fundamentais objetivos que deve ter a ação regulatória do Estado na economia”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32.

¹⁸⁸ Sobre a necessidade e a importância de regulação quando o Estado sai de sua função de prestador, veja-se: “A primeira delas é o fato de a teoria da regulação, quando bem aplicada – exatamente o contrário do que tem ocorrido até o momento –, poder representar exatamente a contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser, para tanto, insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo:

finalidade de auxiliar a implementação da concorrência em determinado mercado, a partir da sua abertura à concorrência e do rompimento de uma exploração monopolística, trata-se do objetivo mais pacífico de qualquer regulação¹⁸⁹.

Entende-se que toda a saída do Estado da prestação direta e monopolística de um setor necessariamente deva ser acompanhada de regulação, mesmo que temporária¹⁹⁰. A introdução da concorrência em determinado mercado, após a superação de um histórico monopolístico,

Malheiros, 2008. p. 20. Em sentido semelhante: “A explicação para este fenômeno é simples. Aumenta a necessidade regulatória porque, deixando o Estado de ser ele próprio provedor do bem ou serviço de relevância social, tem ele que passar a exercer algum tipo de controle sobre esta atividade, sob pena de estar descurando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 75.

¹⁸⁹ Sobre a necessidade de regulação quando Estado deixa de prestar diretamente a respectiva atividade, veja-se: “Lo primero que hay que resaltar como evidente es que, a las alturas de la Historia en que nos encontramos, parece claro que toda despublicatio tiene que traer consigo una nueva regulación del servicio o actividad despublicada. [...] La nueva regulación habrá de ser más o menos intensa, deberá reducirse a establecer algunos límites negativos generales o habrá de incluir limitaciones y condicionamientos positivos – auténticos deberes u obligaciones de dar o hacer –, deberá ser garantizada pura y simplemente por los jueces o bien mediante intervenciones administrativas de vigilancia y puramente sancionadoras o represivas, o, en fin, con intervenciones administrativas de control previo y permanente más o menos incisivas. Todo dependerá de la naturaleza del servicio o actividad de que se trate – con los efectos de todo tipo que pueda producir su prestación – y su relevancia social en el momento y en el país o lugar en que se produzca la despublicación (además de la orientación que en la práctica dominen la ideología o los criterios políticos de quienes establezcan tal regulación)”. LOPEZ-MUNIZ, José Luis Martínez. La nueva regulación económica en España. In: ARIÑO, Gaspar; CUETARA, Juan Miguel de la; LOPEZ-MUNIZ, José Luis Martínez. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 187. Ainda sobre a necessidade de regulação, quando da introdução de concorrência em um mercado anteriormente pautado pelo monopólio, veja-se: “Obviamente a concorrência não é um processo natural em todo e qualquer mercado. Em geral, é preciso muito mais do que garantir direitos de propriedade e contratos para permitir a emergência de uma organização concorrencial entre determinados agentes econômicos. Isso é sobretudo verdadeiro em um setor historicamente baseado num monopólio e que, pelas suas características, oferece significativas barreiras à entrada de novos concorrentes (sendo inclusive visto até hoje como monopólio natural em certos segmentos). Não basta, portanto, transformar a concorrência num princípio legal, mas é preciso, ainda, o desenvolvimento concreto de um novo tipo de atuação estatal capaz de criar condições propícias ao seu surgimento. Em outras palavras, é preciso uma regulação concorrencial capaz de criar condições que limitem o poder do antigo monopolista e disciplinar a complexidade do problema do acesso às redes de telecomunicações”. FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 54.

¹⁹⁰ Apresentando considerações sobre a possibilidade de a regulação ser meramente temporária, quando da abertura de um mercado à concorrência, veja-se: “Idealmente, chegou-se a imaginar que tal regulação concorrencial poderia ser temporária. Uma vez desenvolvidas condições efetivas de concorrência, mostrar-se-ia desnecessária a permanência de uma regulação específica com o objetivo de constranger a ação dos agentes econômicos em vista de objetivos concorrenciais. A concorrência, por si, garantiria os resultados que antes eram buscados por meio da intervenção estatal direta. Cogitou-se na doutrina, então, da possibilidade de o setor ficar sujeito exclusivamente às regras gerais do direito concorrencial, aplicáveis à generalidade dos mercados”. FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 55.

consiste em um processo gradual¹⁹¹, a determinar a necessidade de regulação que auxilie na consecução da finalidade concorrencial.

Trata-se de realidade observada em geral nas experiências internacionais de superação da etapa do Estado prestador, em que a instauração da concorrência é acompanhada de forte e incisiva regulação¹⁹² e, adicionalmente, na maioria das experiências, de autoridades reguladoras independentes e específicas (usualmente, *agências*)¹⁹³. Ainda com maior

¹⁹¹ Entendendo pela necessidade de regulação setorial na abertura de mercados e reconhecendo que a introdução de concorrência em um mercado consiste em um processo gradual, veja-se: “1a) La regulación para la competencia sigue naturalmente a la ruptura de los grandes monopolios de servicio público y a la privatización de las empresas estatales que los gestionaban. Tal ruptura es necesaria y tal privatización, conveniente, para la modernización del sector y la mejor atención a los usuarios. 2a) La introducción de la competencia es un proceso. Su regulación debe partir de un esquema claro inicial y aceptar sucesivos ajustes. Los políticos deben huir de la tentación de utilizar esta flexibilidad regulatoria para acciones de dirigismo sobre las empresas reguladas”. ARINO ORTIZ, Gaspar. Logros y fracasos de la regulación. *Themis Revista de Derecho*, Lima, n. 32, 2006. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8822>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 54.

¹⁹² Sobre os motivos de permanência e, até mesmo, do incremento da regulação após a abertura da concorrência em um mercado, veja-se: “Porém, no âmbito jurídico (mais próximo às razões políticas aludidas na transcrição retro) o motivo da permanência da regulação é de outra ordem. Não se destina exclusivamente a corrigir imperfeições do jogo econômico. Alvitra, isto sim, assegurar, a um só tempo, i) que a atividade desmonopolizada siga sendo oferecida à fruição da coletividade; e ii) que sua oferta seja generalizada e ampliada, ensejando que ela seja disponibilizada a uma parcela crescente da sociedade. Para atingir estes objetivos, a regulação estatal sobre o setor antes monopolizado, no mais das vezes, não vai corresponder apenas à permanência residual de alguma regulação a corrigir imperfeições da concorrência em face do ‘monopólio natural’. Na verdade, diante de atividades econômicas revestidas de caráter de essencialidade (mormente em se tratando de serviços públicos), a introdução da competição enseja um forte aumento da regulação”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 8, jan. 2001. p. 101.

¹⁹³ Sobre as agências reguladoras setoriais, veja-se: “Los organismos reguladores son un nuevo tipo de autoridad estatal que tienen su origen en los Estados Unidos, donde se crean a principios del siglo XX. En Europa e Iberoamérica son la exigencia obligada de los procesos de privatización y liberalización de los grandes servicios públicos, que han tenido lugar en nuestros días y han traído consigo la redefinición del papel del Estado en su relación con el orden económico. El papel de los órganos reguladores consiste en asegurar el buen funcionamiento de aquellos sectores cuya marcha resulta esencial para la vida económica y social del país, dado su carácter estratégico”. ARINO ORTIZ, Gaspar. Sobre la Naturaleza y Razón de ser de los Entes Reguladores y el Alcance de su Poder Reglamentario. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/jun./jul., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2017. p. 02. Especificamente sobre a experiência brasileira neste contexto, de implementação de regulação para a abertura de mercados, com criação de autoridades independentes, veja-se: “A exemplo das demais experiências internacionais, a abertura dos mercados não implicou desregulação. Pelo contrário. Embora o Estado não mais se ocupasse prioritariamente da execução direta dos serviços públicos, a atuação estatal no domínio econômico manteve-se forte para, assim, garantir que os particulares satisfizessem os valores públicos. O que se verificou, na prática, foi a mudança da ocupação central do Estado de prestador para regulador de serviços públicos. Lastreado nas experiências internacionais, o processo de desestatização e de introdução da concorrência na prestação de serviços públicos veio acompanhado da criação de entidades públicas com autonomia reforçada para regular esses setores liberalizados. Se o Brasil já conhecia a regulação e estruturas especialmente voltadas para tanto, ineditamente houve a criação de autoridades regulatórias independentes, pois que autônomas em relação ao chefe do Poder Executivo”. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 521. Para maiores estudos sobre a temática, veja-se: JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

detalhamento, nesta etapa dos mercados, basicamente, são reconhecidas duas finalidades específicas à regulação.

Em primeiro lugar, tem-se que a regulação objetiva abrir e delimitar os espaços concorrenciais, até então inexistentes pela existência da prestação estatal, usualmente monopolista. Em segundo, considerando a natureza incipiente da concorrência em tais mercados, reconhece-se a finalidade de defender os espaços concorrenciais abertos, de maneira a impedir prejuízos à concorrência e eventual regresso à realidade monopolista¹⁹⁴. Quando se trata de setores essenciais, no mínimo neste período transitório, ainda é apontada a necessidade de consideração dos interesses dos consumidores potenciais, e não apenas da parcela de consumidores efetivos atendidos em regime parcial de concorrência¹⁹⁵.

Destarte, resta bem assentada a finalidade da regulação associada à transição na busca de concorrência em mercados. Como visto, o direito da concorrência também desempenha papel neste contexto. Contudo, apesar da natural relação com a concorrência, regulação e antitruste são aplicados com diferentes finalidades neste contexto, uma vez que a regulação, de forma deliberada, é aplicada para eliminar monopólios nos mercados, não se restringindo a apenas impedir tentativas de monopolizar mercados, por exemplo¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Sobre os papéis do Estado na regulação durante o processo de abertura de mercados à concorrência, veja-se: “Nesse campo, o Estado assume dois papéis distintos, porém complementares. De um lado, o redesenho de setores até então dominados por monopólios estatais exige a utilização de instrumentos jurídicos que permitam a entrada de novos competidores no mercado e nivelem as oportunidades de firmas entrantes e firmas já instaladas (ditas ‘incumbentes’ a partir de termo utilizado na literatura internacional). Trata-se aqui de um papel de ‘abertura e delimitação de espaços concorrenciais’ nos setores regulados. De outro lado, cabe ao Estado defender os espaços abertos para a competição, impedindo que alterações estruturais e/ou condutas de agentes econômicos prejudiquem a concorrência. Esse é um papel de ‘defesa de espaços concorrenciais abertos’”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 14.

¹⁹⁵ Sobre a necessidade de a regulação econômica considerar os interesses dos consumidores potenciais, especialmente no período transitório de introdução da concorrência em setores essenciais ou de utilidade pública, veja-se: “É que quando tratamos de utilidades públicas, a regulação econômica não pode se pautar apenas pelo prisma da competição. Os interesses da sociedade (os móveis da regulação estatal) enredados nessa atividade não são exclusivamente traduzidos por critérios de eficiência econômica tais como redução de custos e livre opção pelos usuários. Há toda uma gama de interesses de universalização e de perenidade na fruição destes serviços (porquanto se considere ser relevante para a coletividade que, como meta, todos os indivíduos possam se servir dessa utilidade) que justificam a preterição, ao menos transitória, de um regime de competição plena o qual tende a beneficiar sempre a parcela dos consumidores efetivos, em detrimento dos consumidores potenciais do serviço”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 8, jan. 2001. p. 103.

¹⁹⁶ Nesse sentido, é paradigmático o conhecido caso *Trinko v. Verizon*, em que restaram assentadas diferenças básicas entre regulação e antitruste, incluindo nas finalidades relacionadas à concorrência, veja-se: “Dans son arrêt *Trinko v. Verizon* du 13 janvier 2004, la Cour suprême des États-Unis a souligné les objectifs différents du droit sectoriel des télécommunications et du droit de la concurrence et en a tiré des conséquences sur l’articulation des champs d’intervention des différents régulateurs. Dans cette affaire, la compagnie de téléphonie

Em verdade, a consecução da concorrência efetiva em um mercado é tida meramente como uma finalidade mínima da regulação. Trata-se de um dos objetivos tradicionais e clássicos da regulação. Mas se reconhece ser um valor mínimo¹⁹⁷, não o único¹⁹⁸, sendo entendido que o interesse protegido nesta hipótese é a concorrência, e não o mercado¹⁹⁹.

Não obstante, além de ser clara a finalidade da regulação na busca pela concorrência nesta etapa transitória de abertura de mercados, também já está bem consolidado o entendimento de que devam ser reconhecidas finalidades outras à regulação. Tem-se que existem outros objetivos da atividade estatal de intervenção, os quais não são, necessariamente, atingidos pela introdução da concorrência. Ou seja, não se trata apenas de

locale Verizon (détentrice de la boucle locale) s'était vue accusée par un particulier d'avoir violé l'article 2 du Sherman Act (qui prohibe les 'tentatives de monopolisation'), au motif que la compagnie n'avait pas respecté les dispositions réglementaires relatives à l'interconnexion, imposées par le Télécommunications Act de 1996. Auparavant, les concurrents (opérateurs alternatifs) s'étaient eux-mêmes directement plaints auprès des régulateurs sectoriels (Fédéral Communications Commission et Public Service Commission de New York), qui avaient en effet constaté l'infraction et avaient sanctionné Verizon, puis lui avaient imposé des mesures correctrices. Le plaignant (un particulier, représenté par le cabinet d'avocat Trinko, qui agissait en son nom et au nom de clients placés dans la même situation que lui) affirmait que cette violation de la réglementation s'inscrivait dans un plan de monopolisation visant à dissuader les consommateurs de rejoindre les opérateurs concurrents et devait donc, à ce titre, être sanctionnée au regard du droit de la concurrence (et non pas seulement au regard du droit sectoriel). La Cour suprême a rejeté cette argumentation. En premier lieu, elle a rappelé que les objectifs du droit sectoriel vont au-delà du droit commun de la concurrence. Le droit sectoriel vise, de manière volontariste, à éliminer les monopoles, alors que le droit de la concurrence se contente de réprimer les tentatives illicites de monopoliser un marché". CHONÉ, Philippe. *Droit de la concurrence et régulation sectorielle: entre ex ante et ex post*. Paris: Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2006. Disponível em: <<http://www.cairn.info/droit-et-economie-de-la-regulation-4--9782247066534-page-49.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 62.

¹⁹⁷ Em sentido semelhante, mas indicando que a busca da concorrência seria o valor prioritário, e não um mínimo, veja-se: "É o que preconiza Gaspar Ariño Ortiz ao afirmar que a concorrência é a prioridade e a regulação o meio para obtê-la. Entende, pois, que a regulação sempre será necessária, mas deve se limitar à regulação imprescindível, decrescente, subsidiária e complementar ao mercado: 'a regulação promove o mercado, o reconstrói onde ele é possível, defende-o, mas não o substitui. A pior tentação do regulador é se converter em 'um gestor na sombra'". NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 71.

¹⁹⁸ Apontando que a promoção ou a proteção da concorrência constitui o valor mínimo da regulação, mas não o único, veja-se: "É importante ressaltar que a afirmação da importância da proteção institucional da concorrência pela regulação não significa a descoberta de um valor único para a regulação, mas de um valor mínimo. Como se verá nos capítulos subsequentes, há vários outros valores a serem perseguidos através da regulação. A preocupação com a concorrência em especial justifica-se. Trata-se de um valor mínimo naqueles setores em que se considera possível atribuir a agentes econômicos privados a iniciativa econômica. Mínimo porque é o único a permitir o conhecimento, a avaliação crítica – por consumidores e concorrentes – dos demais valores que deve a regulação perseguir". SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38.

¹⁹⁹ Identificando na proteção à concorrência, e não ao mercado, o objetivo mínimo da regulação, veja-se: "Consequentemente, a concorrência, e não o mercado, é o valor institucional a ser protegido. A possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado, devendo ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado. É aí que o Estado deve intervir, garantindo a primeira, e não o segundo. O raciocínio faz, então, círculo completo e retorna ao seu ponto de partida. Visto dessa forma, como garantidor da concorrência e não do mercado, o Direito reassume aquele papel redistributivo ou garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas, que sempre lhe incumbiu". SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 44.

uma regulação concorrencial²⁰⁰, focada puramente na promoção da concorrência, havendo outros objetivos no processo, sendo típico o exemplo da difusão dos serviços (ou universalização)²⁰¹.

Com efeito, uma vez superado o período monopolístico e já tendo havido a introdução de algum nível de concorrência, observa-se que a finalidade da regulação é entendida como a busca de um equilíbrio²⁰² – ou um diálogo²⁰³, em entendimentos mais hodiernos – entre a concorrência e outras finalidades específicas, tidas como não necessariamente atingíveis de forma automática pela competição nos mercados. Este balanceamento entre finalidades distintas há de ser buscado de maneira a gerar o menor desequilíbrio possível no mercado sob o ponto de vista da concorrência²⁰⁴. Uma das conceituações possíveis da regulação reside

²⁰⁰ Sobre a regulação concorrencial e a existência de outros objetivos, veja-se: “A questão da difusão dos serviços (normalmente denominada universalização) é um exemplo típico. Frequentemente tratada como um objetivo de política econômica, ela é, na verdade, uma garantia sistêmica ou institucional. Inegável é, como visto no primeiro capítulo, que se trata de objetivos que não podem ser convenientemente protegidos por uma simples regulação concorrencial. Constitui-se, portanto, em uma garantia institucional autônoma. [...] Significa que a regulação como também o direito antitruste, não pode e não deve ser instrumento de criação de desigualdades sociais e especialmente de exclusão”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 159.

²⁰¹ Sobre outros objetivos da regulação, hoje mais relevantes após abertura de mercados, veja-se: “La politique de concurrence n’est certainement pas déterminée par une ‘fonction objectif’ univoque. Ainsi, les poids respectifs accordés par les autorités de régulation au surplus des consommateurs et au surplus total, ainsi que l’horizon temporel qui est pertinent pour elles, sont des sujets de débat. Quant aux autorités de régulation sectorielle, leur institution a répondu à la nécessité d’accompagner les processus d’ouverture à la concurrence de secteurs anciennement monopolistiques, en particulier à l’intégration verticale des opérateurs historiques. Avec l’avancée progressive de ce processus, particulièrement dans le secteur des télécommunications, d’autres missions, qui existaient déjà, ont pris une importance relative plus grande, comme la définition et la mise en œuvre des obligations de service universel”. CHONÉ, Philippe. *Droit de la concurrence et régulation sectorielle: entre ex ante et ex post*. Paris: Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2006. Disponível em: <<http://www.cairn.info/droit-et-economie-de-la-regulation-4--9782247066534-page-49.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 64.

²⁰² Sobre a finalidade da regulação relacionada à manutenção de equilíbrio no sistema, veja-se: “La finalidad esencial de la regulación es mantener la actividad en marcha dentro de un equilibrio preestablecido y de unos parámetros fijados. En lo esencial, el regulador social funciona igual que un regulador físico, como el de una caldera de vapor: maneja fuerzas importantes impidiendo que sobrepasen determinados umbrales críticos (temperatura, presión, velocidad, en el caso de los reguladores físicos) para que no se ponga en peligro la estabilidad del sistema y pueda funcionar eficientemente. Esa búsqueda y mantenimiento constante de equilibrio es típico de la regulación”. ARINO ORTIZ, Gaspar. Logros y fracasos de la regulación. *Themis Revista de Derecho*, Lima, n. 32, 2006. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8822>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 46.

²⁰³ Tal qual preconizado pelo Diálogo das Fontes, desenvolvido por Erik Jayme e aprofundado por Cláudia Lima Marques. Para um entendimento acerca do Diálogo das Fontes, veja-se: JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, PPGDir/UFRGS, v. 1, n. 1, mar. 2003. p. 59-68. Aprofundando e aprimorando o conceito, veja-se: MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova Teoria Geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

²⁰⁴ Para um entendimento no sentido de que a regulação não objetiva apenas suprir falhas do mercado, mas também atingir políticas públicas, gerando o menor desequilíbrio possível no mercado, veja-se: “Importante notar que haja quem sustente que a regulação [...] [b]uscaria apenas corrigir as assim chamadas ‘falhas do mercado’. [...] Cremos que (particularmente no Brasil) a função regulatória há de ser mais ampla. Se um dos

justamente nesta manutenção de equilíbrio e diálogo entre finalidades e concorrência, dentro dos limites e parâmetros fixado pelo ordenamento jurídico.

Portanto, pode-se afirmar ser amplamente aceito²⁰⁵ que a regulação possui relevantes finalidades específicas, relacionadas à tutela de interesses públicos²⁰⁶, com a busca de valores políticos e sociais²⁰⁷. Tal constatação implica a aceitação de que a regulação pode adquirir caráter redistributivo, balanceando as finalidades visadas e buscando gerar o menor desequilíbrio possível nos mercados²⁰⁸.

fundamentos da regulação é manter o equilíbrio de um dado mercado (setor da economia), isso não há de impedir que pela atividade regulatória sejam introduzidos objetivos de ordem geral (consentâneos inclusive com os princípios da ordem econômica constantes do artigo 170 da Constituição Federal - CF) que não seriam alcançados exclusivamente pela ação da livre iniciativa dos agentes econômicos. Embora a definição destes objetivos não caiba aos entes reguladores (pois deverão ser estabelecidos nos espaços de definição das políticas públicas), cabe aos órgãos reguladores viabilizar o atingimento destes objetivos de modo que eles sejam absorvidos pelo sistema regulado com o menor desequilíbrio possível”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 35.

²⁰⁵ Não se desconhecem as críticas e o alerta acerca dos riscos de se referir apenas a interesse público como justificativa para regulação, sendo necessário maior detalhamento de tal finalidade no ordenamento jurídico. Nesse sentido, tratando especificamente do setor de telecomunicações, veja-se: “The public interest objective of telecommunications regulation is vague. Most economists agree that a valid objective is to increase total surplus, that is, ‘consumers’ surplus plus profits of active firms. Most economists also agree that the public interest should promote innovation and growth. Although it is difficult to quantify the exact effect of innovation and growth on income, there is wide consensus that these should be promoted and are part of the public interest. Finally, the public interest may include subsidization of telecommunications services that are considered necessities, such as basic local service, or those which are deemed to increase productivity and growth, such as Internet access. Given the vagueness of the concept of the public interest, various groups lobby politicians and regulators to include their objectives as part of the public interest. This rent-seeking behavior and sometimes leads to telecommunications regulators imposing policies that have little to do with telecommunications markets”. ECONOMIDES, Nicholas. *Telecommunications regulation: an introduction*. *NET Institute Working Paper*, n. 04-10, ago. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=465020>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 10.

²⁰⁶ Sobre a relevância da regulação para tutelar o interesse público, veja-se: “De todo modo, face a todos os argumentos acima colacionados – e aos resultados deixados pelo processo de desregulação na década de 90 (os exemplos são diversos, mas citamos, por ora, a crise de 2001, já acima referida a partir do texto de Stiglitz, e a de 2008, que abalou os sistemas financeiros, em proporções mundiais) – há de se reconhecer que a regulação tem um papel relevante a desempenhar, em termos de tutela do interesse público”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

²⁰⁷ Reconhecendo que o modelo regulatório admite a busca de finalidades relacionadas a valores políticos e sociais, veja-se: “Tradicionalmente, supunha-se que a intervenção estatal no domínio econômico destinava-se a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios ou inconveniências. Já o modelo regulatório admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social. O mercado não estabelece todos os fins a serem realizados na atividade econômica”. JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 34. Em sentido semelhante: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 8, jan. 2001. p. 95-122.

²⁰⁸ Ainda destacando o caráter redistributivo da regulação, veja-se: “Neste sentido, temos que a atividade regulatória estatal não envolve apenas uma função estabilizadora (preservar o equilíbrio do mercado), mas compreende também alguma função redistributiva. Tanto é assim que o texto constitucional (art. 174), ao prever o papel do Estado como ente normativo e regulador da atividade econômica, lista dentre suas incumbências a função de incentivar e planejar atividades econômicas, o que dá à regulação uma conotação muito mais ampla do

A partir desta compreensão e desta aceitação, reconhecendo que a finalidade da regulação não se limita, exclusivamente, àquela concepção temporária de rompimento de monopólios em direção à concorrência e de superação de determinadas falhas do mercado²⁰⁹, restam ampliadas as hipóteses de cabimento da regulação.

Para além da proteção da concorrência, notadamente quando existem condições estruturais que impeçam a concorrência ou a tornem instável²¹⁰, entende-se pelo cabimento da regulação quando algum objetivo não atingível normalmente pela concorrência seja também desejado, ou quando os benefícios sociais e privados que decorram da concorrência não estejam suficientemente alinhados, ou, ainda, quando houver aspectos técnicos que demandem atenção específica²¹¹.

A identificação destas diferentes hipóteses de cabimento da regulação evidencia que as finalidades a esta atribuídas podem ter relação ou com a complementação e a consecução do

que a simples ‘correção de falhas de mercado’. Porém, é importante que se repita, esse caráter redistributivo (ou, como prefiro, de consecução de objetivos públicos extrassistema econômico) coloca-se pela regulação a partir de uma perspectiva de mediação de interesses e de busca de equilíbrio interno ao sistema regulado”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 37. Em sentido semelhante: SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59. Igualmente: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 17. Ainda no mesmo sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

²⁰⁹ Para uma compreensão básica acerca das falhas de mercado e do papel da regulação no enfrentamento destas falhas, veja-se: “Na prática, a economia encontra arranjos intermediários, que respondem às imperfeições nas condições citadas acima (barreiras à entrada, homogeneidade de produtos, informação perfeita e plena mobilidade de fatores). Havendo falhas de mercado, o mercado por si só não mais garantirá que a economia esteja no mais alto bem-estar possível. Nessa situação, deve-se buscar arranjos complementares ao mecanismo de mercado para mitigar os efeitos indesejáveis das falhas de mercado e aumentar a eficiência econômica e, consequentemente, o nível de bem-estar”. VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

²¹⁰ Entendendo pela necessidade de a regulação proteger a concorrência nestas hipóteses impedimento ou instabilidade da competição, veja-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53.

²¹¹ Detalhando hipóteses em que a regulação se faz necessária, sendo que o setor de telecomunicações se enquadra em todas elas, veja-se: “To answer this question, we first have to answer the question “why have regulation in general?” The logic of competition law in the United States is that efficiency (allocative, productive, and dynamic) is the desired outcome of antitrust policy (and competition is the means of achieving it). Thus, antitrust laws are to be used to guard against restrictions of competition. Economic regulation has been established as a ‘last resort’ (i) for those markets where competitive outcomes cannot be achieved by market forces; (ii) where deviation from economic efficiency is deemed socially desirable; (iii) where the social and private benefits are clearly different, including cases where minimum safety standards increase social welfare; (iv) to allow for coordination in technical standards or market equilibria. Telecommunications can qualify under all four of the above criteria as an industry where some form of regulation is appropriate”. ECONOMIDES, Nicholas. Telecommunications regulation: an introduction. *NET Institute Working Paper*, n. 04-10, ago. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=465020>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 7.

sistema de mercado ou com o atingimento de determinados objetivos redistributivos, promovendo, portanto, um equilíbrio ou um diálogo entre as finalidades visadas²¹². Ou seja, ainda que se reconheça que a regulação seja utilizada para superar ou contornar falhas de mercado, também são reconhecidas hipóteses em que a regulação seja utilizada para atingir finalidades redistributivas, independentemente da existência de falhas de mercado ou não²¹³.

Tudo o que se referiu acima acerca da regulação resta ainda mais pertinente e destacado quando se trata de regulação setorial²¹⁴.

Com efeito, ao se referir a um determinado setor em especial, torna-se mais factível endereçar as suas peculiaridades, inclusive no que tange às finalidades buscadas, às falhas de mercado existentes, e ao equilíbrio necessário entre as buscas pela concorrência e pelas

²¹² Para um conceito de regulação enquanto intervenção sobre o domínio econômico para o equilíbrio entre interesses internos e satisfação de finalidades públicas, delimitados pelo ordenamento jurídico, veja-se: “Sendo assim, podemos concluir a função regulatória como sendo a modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico ou social destinada à busca do equilíbrio de interesses internos ao sistema regulado e à satisfação de finalidades públicas, condicionada aos limites e parâmetros determinados pelo ordenamento jurídico”. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 512.

²¹³ Sobre a possibilidade de reconhecimento de objetivos redistributivos à regulação, para além da mera de superação de falhas de mercado veja-se: “Para identificá-las é necessário fazer uma rápida análise das razões que podem levar o legislador (ou o constituinte) a submeter um determinado setor econômico a regulamentação especial, supletiva ou substitutiva das forças do mercado. Duas são as razões imagináveis. Em primeiro lugar, é possível que a regulamentação tenha objetivos precipuamente redistributivos. O legislador (ou o constituinte) considera que aquele setor é socialmente tão importante que não pode ser deixado ao arbítrio das forças de mercado. O Estado deve intervir, regulando exaustivamente o setor, de modo a garantir a proteção dos interesses dos usuários do serviço ou consumidores do produto. Nesse caso, a regulamentação tem objetivos claramente redistributivos. [...] Bastante diferente deve ser a análise quando a regulamentação visa não à substituição completa do sistema de mercado, mas apenas a corrigir imperfeições de seu funcionamento (a terceira razão supramencionada). Referidas imperfeições podem ser de várias espécies: dificuldades na transmissão de informações, compradores monopsonísticos, monopólios naturais, concorrência predatória. Nessa hipótese, não havendo uma substituição, mas apenas uma complementação ou correção das imperfeições do sistema, a análise da extensão dos poderes regulamentares é de pouca utilidade”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 249-251. Em sentido semelhante, afirma Ana Frazão: “Como ensina Marie Anne Frison-Roche, o Direito Regulatório refere-se a setores específicos da economia, em que incide o regime da livre concorrência, mas não se admite que ele governe sozinho, diante da necessidade de equilibrá-lo com outros princípios resguardados pelo ordenamento. A redefinição do papel do Estado e a necessidade de harmonização entre os objetivos buscados pela ordem econômica constitucional, portanto, não deixam mais espaço para a interpretação da teoria econômica de que a regulação teria como justificativa apenas a correção de falhas de mercado”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 244.

²¹⁴ Para um entendimento básico sobre a regulação setorial, veja-se: “La regulación tiene una base técnica, adecuada al ‘estado del arte’ del sector de que se trate. Precisamente por esta circunstancia se le denomina ‘regulación sectorial’, haciéndose por sectores (energía) o subsectores (electricidad, gas, petróleo, etcétera) para adaptarse a los requerimientos técnicos de cada uno de ellos. El estudio y diseño de la regulación requiere, en primer lugar, el conocimiento de cómo funciona cada sector, cuáles son sus características técnicas y económicas”. ARINO ORTIZ, Gaspar. Logros y fracasos de la regulación. *Themis Revista de Derecho*, Lima, n. 32, 2006. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8822>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 43. Em sentido semelhante: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 161.

respectivas políticas públicas instrumentalizadas através da atividade regulatória. Até porque em cada setor podem existir interesses públicos diferentes a serem preservados, bem como os remédios necessários podem variar dependendo da respectiva realidade setorial. A regulação setorial, assim, tem a inerente vantagem de poder ser moldada às peculiaridades do respectivo setor envolvido²¹⁵, sendo mais adequada à complexa realidade dos mercados²¹⁶.

Mesmo quando se considera que determinadas finalidades buscadas com a regulação, em tese, podem ser tidas como afeitas a diversos setores (como ocorre nos casos da proteção aos consumidores e da universalização dos serviços), a forma de interpretação e de concreção de tais finalidades naturalmente varia, em conformidade com as características, desafios e peculiaridades de cada setor²¹⁷. Assim, por exemplo, o entendimento do que deva ser incluído no dever de universalização no setor de telecomunicações difere do entendimento que se atribui ao mesmo conceito de universalização no setor de saúde, por exemplo.

Através da regulação setorial, destarte, busca-se manter aquele referido equilíbrio ou diálogo entre a finalidade de concorrência e outras finalidades fixadas especificamente para o

²¹⁵ Sobre as vantagens da regulação setorial, veja-se: “In case (i), where it is clear that competition and its benefits cannot be achieved by market forces, regulation may be a solution. The significant advantage of industry-specific regulation is that it can be tailored to the specifics of the industry, and specific rules on pricing and availability of particular products and services. Regulators, such as the FCC also have staffs that can provide impartial technical advice that would be unavailable to a court”. ECONOMIDES, Nicholas. Competition Policy in network industries: an introduction. *NET Institute Working Paper*, n. 04-24, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=386626>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 25.

²¹⁶ Sobre a necessidade de regulação setorial específica em mercados complexos, mesmo já sendo observado algum nível de concorrência, veja-se: “A complexidade da atual regulação dos serviços públicos em competição e o nascimento de subsistemas jurídicos em cada setor reclama a análise setorial de cada serviço público, inviabilizando o tratamento uniforme dos serviços públicos como sendo sujeitos a um bloco comum de regras ou de prerrogativas. Afasta-se, assim, a ideia de regime jurídico única a reger a mesma atividade, substituindo-a pela ideia de regulação adequada proporcional na medida necessária para o cumprimento dos objetivos constitucionais”. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 126. Em sentido semelhante: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 161. Ainda: SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 12.

²¹⁷ Destacando as diferenças de cada setor, inclusive no que se refere às finalidades buscadas, a determinar a necessidade de tratamento regulatório específico, veja-se: “De fato, há substanciais diferenças entre os setores regulados, tanto em termos de caracterização técnica quanto de conjuntura econômico-social na qual as atividades reguladas se desenvolvem. Em razão do núcleo de identidade do setor regulado, as finalidades públicas que irão direcionar o desempenho de competências públicas pelas Agências Reguladoras também se especializam, de modo que são bastantes diferenciados os objetivos do setor de aviação civil e do setor de saúde complementar, por exemplo. Contudo, algumas finalidades públicas são coincidentes em vários setores, como o fim de universalização do acesso à infraestrutura. Neste caso, a definição de ‘universalização’ e a concretização dessa finalidade serão definidas setor a setor, considerando as especificidades técnicas da atividade ou serviço regulado, bem como a conjuntura no qual se desenvolvem”. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 599.

respectivo setor²¹⁸. Nestes setores específicos, com ainda maior destaque, mesmo quando a concorrência penetra, esta não rege sozinha o setor²¹⁹, havendo uma regulação setorial específica, usualmente com foco no consumidor, mas em conformidade com as peculiaridades do setor abrangido. São buscados, assim, objetivos políticos e sociais, como é inerente à regulação, mas específicos de cada setor. As questões específicas do setor a serem consideradas, a depender da realidade do setor no respectivo sistema jurídico, podem abranger, dentre outros²²⁰, formas e barreiras de ingresso no mercado, facilidades para

²¹⁸ Para um entendimento da regulação setorial como instrumento para manter equilíbrio entre concorrência e outras finalidades e princípios específicos de determinado setor, veja-se: “É possível dizer-se então que a regulação intervém como um tipo de aparelhagem própria a um setor, integrada dentro dele – do qual a regulamentação é apenas um dos instrumentos – que entrelaça regras gerais, decisões particulares, sanções, soluções de conflito e que inclui geralmente a criação de um regulador independente. Através dessa aparelhagem jurídica, o sistema de regulação cria e mantém um equilíbrio entre a concorrência e outro princípio além da concorrência dentro dos setores econômicos que não os podem criar ou manter por si próprios ou apoiando-se somente sobre o quadro geral do direito da concorrência”. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Fórum, ano 3, n. 9, jan.-mar. 2005. p. 216. Em outra obra da mesma autora: “Instead, regulation should be defined as maintaining a balance between the principle of competition, perfectly accepted and welcomed in an overall market liberal perspective, and a principle of another nature, justified by technical or political reasons. It is thereby clear that regulation and competition are false friends, in the true sense of the word. [...] Furthermore, forms of competition that favor risk must be moderated in a more permanent fashion by counterbalancing mechanisms, especially when such risks are actually engendered. This implements a contradiction that is frontally opposed to competition, and the minimal solution that results is to maintain an equilibrium between the two”. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Regulation versus competition. *The Journal of Regulation*, n. 7, mar.-abr. 2011. Disponível em: <<http://www.thejournalofregulation.com>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 553. Em sentido semelhante: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 8, jan. 2001. p. 95-122.

²¹⁹ Destacando que a regulação se faz necessária quando em um setor a concorrência penetra mas não o disciplina sozinha, veja-se: “Nessa acepção, que tem o grande mérito de remeter a um regime jurídico unificado (ou unificável) e coerente, a regulação não diz mais respeito nem ao titular de direito (público ou privado) nem a um objetivo ético como o equilíbrio de poderes e a compensação das relações entre poderes desiguais, mas, sim, ao objeto, à coisa sobre a qual porta a regulação: o setor específico aberto à concorrência, mas não deixado à sua mercê. [...] Reencontra-se aqui o sentido genérico de regulação. Ao mesmo tempo, se o regulador é inteiramente guiado pela construção de equilíbrios ao mesmo tempo intrínsecos e criados artificialmente para o setor, o sistema visa a proteger aquele que possui menos condições de participar do jogo, por exemplo o consumidor. Essa consideração do consumidor (inclusive do insolvente) de um bem que agora se torna um bem público, conduz a essa outra definição de intervenção nas relações de força e de proteção do fraco. Esses dois primeiros sentidos, genéricos, da regulação limitam-se a interferir naquilo que constitui o direito da regulação econômica: a construção de setores nos quais a concorrência penetra, mas que ela não governa sozinha”. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Fórum, ano 3, n. 9, jan.-mar. 2005. p. 218.

²²⁰ Sobre a finalidade da regulação envolver fins políticos e sociais, mas específicos do setor e dos respectivos mercados, veja-se: “La regulación económico-sectorial de la que aquí hablamos no está al servicio del empleo, ni de la lucha contra la inflación, ni del desarrollo regional, ni de la redistribución de rentas. A ello sirven la política laboral, la política monetaria, la política industrial o territorial de un Estado o la política fiscal. La política regulatoria tiene como objetivo único y exclusivo la defensa y buena ordenación del sistema de prestaciones de que se trate, en las mejores condiciones posibles de seguridad, calidad y precios, con la mayor eficiencia que el estado del arte permita, tanto para hoy como para mañana, lo cual exige empresas solventes, estables, dinámicas y rentables. Podemos especificar y concretar un poco más tales objetivos, en los siguientes: Primero, facilitar la entrada y salida del sector, posibilitando la inversión y desinversión en él de capitales privados (pluralidad y capacidad de elección). Los posibles abusos se controlan mediante la regulación de defensa de la competencia. Segundo, facilitar la conformación autónoma de la propia oferta comercial por las empresas del sector, posibilitando la libre formación de precios (régimen de competencia); si para ello es necesario regular el uso de algunos medios (acceso a redes, por ejemplo), debe hacerse. Tercero, facilitar la innovación y la asunción de

formação de preços, utilização de alguns bens e meios, defesa da possibilidade de escolha do consumidor de maneira especial no setor, continuidade e regularidade de prestação de um serviço e universalização.

Tomando-se como exemplo o setor de telecomunicações, que consiste no objeto central desta tese, além de ser um setor essencial que funciona em rede, o que já demandaria uma atenção especial para a definição de sua disciplina legal²²¹, são inúmeras as características próprias e particulares do setor²²². Nesse compasso, questões como a universalização²²³ de serviços e de proteção de dados e da privacidade²²⁴, em tese comuns a diversos setores, são diferentes e particularizadas nas telecomunicações. Outras questões e condutas, com desdobramentos específicos no setor, e que são globalmente observadas em processos de introdução de concorrência nas telecomunicações, incluem imposição de barreiras técnicas ou cobrança de valores excessivos para a interconexão²²⁵, instituição de

riesgos, posibilitando la apropiación de los beneficios que de ellos puedan obtenerse (equilibrio riesgo-beneficio). Cuarto, garantizar la libre elección de los consumidores entre los diferentes prestadores; allí donde no haya posibilidad de elección para los usuarios, la regulación debe actuar (fijación de tarifas, estandarización y publicidad de la oferta, etcétera) y también debe hacerlo para que las prestaciones declaradas esenciales lleguen a todos sus posibles destinatarios (continuidad y regularidad de la prestación de un servicio básico y universal)". ARINO ORTIZ, Gaspar. Logros y fracasos de la regulación. *Themis Revista de Derecho*, Lima, n. 32, 2006. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8822>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 49.

²²¹ Sobre as características e as peculiaridades do setor de telecomunicações, que demandam atenção especial no momento de introdução de reformas, veja-se: “Telecommunications network are for good reason called the ‘nervous systems’ of modern societies, and their strategic importance is beyond doubt. It is also beyond question that some telecommunication services should be provided universally. And lastly, huge amounts of money are at stake. Only after having taken all of this into account, can one try to ask – and answer – the question about how much (and how protected) competition and how much and what kind of regulation should there be”. JASINSKI, Piotr. Competition rules and regulations in telecommunications. The case of Poland’s intent to join the EU. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. Westport: Praeger Publishers. 1997. p. 129.

²²² As peculiaridades das telecomunicações, com repercussão na forma de sua disciplina legal e na definição dos objetivos a serem perseguidos no antitruste e na regulação setorial, serão devidamente analisadas e aprofundadas na segunda parte desta tese, razão pela qual não são ora abordadas de forma exaustiva.

²²³ Sobre a peculiaridades da universalização no setor, veja-se: BARTOSCH, Andreas. The liberalization of European telecommunications and broadcasting markets: the road from monopolies to competition and universal service. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 98.

²²⁴ Sobre as características especiais da proteção de dados e da segurança das redes no setor, especialmente na União Europeia, veja-se: RODER-MESSELL, Ernst; KOENIG, Christian. Data Protection and Privacy. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 475.

²²⁵ Sobre discriminação em acesso a redes, veja-se: “O terceiro caso trata da fixação de preço de acesso em nível discriminatório para o concorrente, relativamente ao preço oferecido pela incumbente para si mesma ou sua subsidiária à jusante, de modo que os custos para os competidores efetivos ou potenciais aumentam, inviabilizando sua oferta a preço competitivo com relação à empresa estabelecida. Nos serviços com suporte em rede, características de setores regulados, existem incentivos em discriminar o preço de acesso, no caso das tarifas de uso da rede fixa, pelo teto tarifário a um concorrente no mercado de serviços à jusante, ao passo que o preço cobrado para si mesma através de sua subsidiária é bem inferior”. SILVA, Alexnaldo Cerqueira da. Essential facility theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 13, n. 1, 2006. p. 225.

subsídios cruzados²²⁶, atribuições discriminatórias de autorizações e vendas casadas²²⁷ e incentivos para o desenvolvimento de infraestruturas alternativas²²⁸. Ainda, são relevantes para o setor temáticas como o incentivo ao acesso à internet com redes de banda larga²²⁹ e redes de acesso da próxima geração²³⁰, bem como a redução das tarifas de *roaming*²³¹. Tais questões e peculiaridades, como referido, determinam o reconhecimento da existência de

²²⁶ Sobre subsídios cruzados, veja-se: “Com respeito à prática do subsídio cruzado, ocorre quando as receitas que são obtidas no mercado onde a empresa possui o maior *market share* – resultado da atividade da incumbente em uma instalação essencial – e que na tentativa de alavancagem do seu poder de mercado, estes ganhos são revertidos para oferecer em outro mercado preços mais baixos através de sua subsidiária, geralmente abaixo do custo marginal, em prejuízo de novos concorrentes”. SILVA, Alexnaldo Cerqueira da. *Essential facility theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 13, n. 1, 2006. p. 225. Em sentido semelhante: “Cross-subsidization occurs when a firm has one business activity where the revenues are insufficient to cover costs, but it is able to draw upon earnings from other business ventures where its earnings are greater than its costs to subsidize the less profitable activity. [...] In newly liberalized industries, however, cross-subsidization can be more problematic”. MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Reino Unido: Cambridge, 2007. p. 478.

²²⁷ Sobre vendas casadas em setores que funcionam em rede, como as telecomunicações, veja-se: “Por último, a venda casada (*tying*) quando associado à utilização da *essential facility*, e, portanto, na posição dominante, faz aumentar os custos de transferência para os usuários, pois estes adquirem mais de um serviço. No caso de uma concorrente que precise do insumo da concorrente para prestar seus serviços no mercado em que a dona da *facility* também atua. Esta por sua vez, usa sua posição para dificultar indiretamente a concorrente impondo condições a esta para oferecer serviços que no momento não seria possível de cumprir, inviabilizando o negócio”. SILVA, Alexnaldo Cerqueira da. *Essential facility theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 13, n. 1, 2006. p. 226.

²²⁸ Sobre a relevância do desenvolvimento de infraestruturas alternativas no setor, veja-se: “Em alguns setores – como é o caso, especificamente, das telecomunicações – a mudança tecnológica permite a criação de novas redes sem custos fixos impeditivos. É importante, então, garantir um grau de concorrência adequado entre as redes. Através dessas novas redes os concorrentes são capazes de obter retornos crescentes de escala com muito mais facilidade que se tentarem concorrer em redes já dominadas internamente pelos detentores de infra-estrutura. Nesses casos, do ponto de vista econômico, a curva de custos do detentor da rede (por hipótese, rede ‘A’) atinge nível incomensuravelmente menor que o do entrante que tenta contestá-lo. Esse jamais conseguirá alcançá-lo, pois o preço do detentor da infra-estrutura será sempre menor”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 126. Em sentido semelhante: REDING, Viviane. *From Service Competition to Infrastructure Competition: the Policy Options Now on the Table*. In: ECTA Conference 2006, 16 nov. 2006, Brussels. *Speech 2006/697*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017.

²²⁹ Para fins da presente tese, adota-se conceito amplo também no que se refere à banda larga. Para maiores detalhes, veja-se: MALDOOM, Dan; MARSDEN, Richard; SIDAK, Gregory; SINGER, Hal. *Broadband in Europe: how Brussels can wire the information society*. Nova York: Springer, 2005.

²³⁰ Para um conceito de redes de acesso da próxima geração, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Recomendação da Comissão sobre o acesso regulamentado às redes de acesso da próxima geração (NGA)*. Recomendação 2010/572/UE. 20 set. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

²³¹ Para uma definição de *roaming*, veja-se o Regulamento do Parlamento e do Conselho da União Europeia número 544, de 2009: “A utilização do telemóvel ou de outro aparelho por um cliente de itinerância para efectuar ou receber chamadas intracomunitárias ou para enviar ou receber mensagens SMS ou utilizar comunicações de dados com comutação de pacotes, num Estado-Membro diferente daquele em que se situa a sua rede doméstica, mediante acordos entre o operador da rede doméstica e o operador da rede visitada”. UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n. 717/2007, relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas da Comunidade, e a Directiva 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas*. Regulamento 544/2009. 18 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017. art. 2º (2d). Para uma análise crítica à regulação do *roaming*, veja-se: SUTHERLAND, Ewan. *The regulation of international mobile roaming*. *Info*, Reino Unido, Elsevier, v. 10, n. 1, 2008. p. 13-24.

finalidades específicas para a regulação de um setor especial, como o de telecomunicações²³², em conformidade, também, com as respectivas políticas públicas²³³.

A conformação da regulação para a realidade de um setor específico é tão intensa, moldando-se aos objetivos específicos e às peculiaridades inerentes de cada setor, que autores fazem referência à existência de um subsistema regulado, pelo qual é criado um arcabouço jurídico próprio, com princípios, conceitos, finalidades e interesses ajustados à realidade setorial²³⁴. Outros autores fazem referência à existência de um “ordenamento setorial”²³⁵ ou,

²³² Será objeto de capítulo específico desta tese, na sequência, a análise de experiências internacionais de disciplina do setor, em que os respectivos objetivos apontados para a regulação setorial das telecomunicações restarão abordados. Não obstante, a título exemplificativo, para ilustrar o que foi acima apontado, vejam-se os objetivos da regulação no setor de telecomunicações na França, evidenciando a existência de objetivos específicos de natureza social e política e peculiares às telecomunicações: “Ainsi, le rapport annuel de l’ART indique que les objectifs poursuivis par le législateur sont de ‘favoriser l’exercice au bénéfice des utilisateurs d’une concurrence effective et loyale’, de ‘veiller à la fourniture et au financement de l’ensemble des composantes du service public des télécommunications’, de ‘veiller au développement de l’emploi, de l’innovation et de la compétitivité dans le secteur des télécommunications’, de ‘prendre en compte l’intérêt des territoires et des utilisateurs dans l’accès aux services et aux équipements’. Seul le premier objectif est véritablement commun avec les finalités du droit de la concurrence. S’agissant du deuxième objectif, on sait que différents modes d’allocation et de financement du service universel impliquent des transferts entre les entreprises (opérateur en place et nouveaux entrants) et les catégories d’utilisateurs. Une autorité de concurrence ne pourrait se prononcer que sur l’efficacité économique globale du dispositif, pas sur ses conséquences distributives. Le troisième objectif, s’il est bien évidemment partagé par tous les régulateurs, n’entrerait probablement pas de manière explicite dans ‘l’analyse concurrentielle’ qu’une autorité de régulation serait amenée à réaliser dans une affaire contentieuse particulière. Le dernier objectif est spécifique au régulateur sectoriel”. CHONÉ, Philippe. *Droit de la concurrence et régulation sectorielle: entre ex ante et ex post*. Paris: Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2006. Disponível em: <<http://www.cairn.info/droit-et-economie-de-la-regulation-4--9782247066534-page-49.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 64.

²³³ Diferenciando a regulação como um instrumento de política governamental de uma danosa regulação como instrumento de política de um governo, veja-se: “A nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de uma política pública num determinado setor. Não podem, porém, se transformar em instrumento do jogo político em particular. Um exemplo parece ser ilustrativo. Deve o órgão regulador deter suficiente independência (apoiada pelos instrumentos legais adequados) para se opor ao interesse de um governante que, numa jogada eleitoral, intente reduzir à metade as tarifas praticadas para um determinado serviço essencial. A independência, aqui, deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 87.

²³⁴ Para um entendimento sobre regulação setorial enquanto um subsistema jurídico próprio, veja-se: “A regulação serve, pois, de elemento de integração entre os sistemas econômico, político e jurídico. E o faz a partir da identificação de subsistemas regulados, entendidos como o conjunto integrado pelos usuários (consumidores), pelo ente regulador, pelos bens e processos que, de forma articulada e inter-relacionada, concorrem para o funcionamento e reprodução de uma dada atividade econômica (no âmbito e em torno do qual se estrutura este subsistema). O exercício da regulação em um dado setor regulado (subsistema) envolve a construção de um arcabouço normativo que compreende princípios, conceitos, interesses e normas conformados às necessidades e peculiaridades setoriais. [...] Cada subsistema guarda em si uma identidade própria conferida pela interação particularística de atividades, interesses, finalidades públicas setoriais, atores e instituições. Ocorre que a especialização dos sistemas jurídicos relaciona-se imediatamente com a profusão de normas setoriais endereçadas às especificidades da atividade regulada. Natural, portanto, que a regulação perfaça métodos bastante particularizados considerando os arcabouços normativos construídos em cada sistema jurídico, com especial ênfase às normas regulamentares, produto da autovinculação administrativa, e às cláusulas dos contratos regulatórios”. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 596.

ainda, à de um “microcosmo jurídico”²³⁶. A ideia, porém, é a mesma, independentemente da denominação adotada: a regulação é adaptada precisamente à realidade do respectivo setor, o que determina valores, conceitos, princípios, regras e limites próprios e específicos, que são interpretados e aplicados também em conformidade com as finalidades próprias reconhecidas à regulação naquele setor²³⁷.

Mais recentemente, inclusive, com a constante convergência de tecnologias e com a integração de setores antes vistos como distantes – tal qual já ocorreu com a convergência entre informática, mídia e telecomunicações²³⁸ – já se propõe uma abordagem baseada em interregulação²³⁹, na qual o foco regulatório e a própria finalidade da regulação sejam deslocados mais em direção aos consumidores²⁴⁰.

Ainda, também em linha com os entendimentos mais hodiernos em matérias de regulação e da configuração dos mercados atuais²⁴¹, é necessário reconhecer que a finalidade

²³⁵ Em sentido semelhante, apenas com outra denominação, fixada como ordenamento setorial, veja-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 179.

²³⁶ Ainda em sentido semelhante, apenas com outra denominação, fixada como microcosmo jurídico, veja-se: ARINO ORTIZ, Gaspar. *Lecciones de administración (y políticas públicas)*. Madrid: Portal Derecho, 2011. p. 39.

²³⁷ Reconhecendo claramente a existência de um subsistema nas telecomunicações, com princípios e valores próprios, veja-se: “Exemplos destes processos pode-se elencar às baldas. Há uma década pareceria estranho, em qualquer parte do mundo, falar em *Direito das Telecomunicações*. [...] Iguamente ocorre com todos os campos jurídicos ligados à *Internet*. O que é patente é que o arcabouço jurídico criado para cada um destes segmentos envolverá a produção de princípios, conceitos, regras e soluções jurídicas não facilmente transportáveis para outros setores”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 80.

²³⁸ Consoante referido, inclusive há quem denomine o resultado de tal convergência como *mediamatics*. Neste sentido: LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 236.

²³⁹ Para um entendimento sobre a interregulação e a necessidade de novo alinhamento do marco regulatório, para focar nos riscos adequados à realidade atual, veja-se, por todos: FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Lês nouveaux champs de la régulation*. *Revue française d'administration publique*. n. 109. 2004. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2004-1-page-53.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 53-63.

²⁴⁰ Destacando a necessidade de o foco da regulação setorial ser deslocado para o consumidor, veja-se: “Há, com isso, uma necessidade de sincronia entre regulação setorial e regulação concorrencial, posto que ‘a consagração de metas de interesse social e a defesa dos setores hipossuficientes devem ser estabelecidas a partir das possibilidades de cada setor da economia e não definida unilateral e exclusivamente a partir dos espaços decisórios estatais’. E mais, há um nítido deslocamento do foco da regulação para os indivíduos. As transformações sociais, econômicas e políticas que acima expusemos deslocam o foco da regulação sobre estas atividades dos interesses do Estado (genericamente tomado), para os interesses dos indivíduos, dos potenciais destinatários dos serviços publicizados. Esta passagem é extremamente relevante, pois dita toda a transformação nos vetores e pressupostos da regulação. Ela está refletida na singela mudança que faz o indivíduo passar de usuário público para consumidor de serviço público”. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 127.

²⁴¹ Sobre mercados atuais, especialmente considerando a realidade de superplataformas, *big data* e competição virtual, consoante já referido e descrito por Ariel Ezrachi e Maurice Stucke, veja-se: EZRACHI, Ariel;

de qualquer regulação deva considerar a inerente assimetria de informações que exista em setores regulados. Seja para fins de estabelecer regulação mais adequada a cada hipótese do setor, observando a teoria dos jogos²⁴² e lidando com as informações disponíveis²⁴³, seja para considerar aspectos como os decorrentes de uma análise da arquitetura de escolhas e dos incentivos que devam pautar a regulação²⁴⁴, com vistas a lidar com a assimetria de informações e a proteger adequadamente o consumidor também de forma peculiar no setor.

Nesse contexto, pode-se precisar que, no cenário atual, a regulação setorial não possua um objetivo único. Também se depreende²⁴⁵ que se trata da busca de um equilíbrio, de um diálogo, entre o objetivo da concorrência e outros objetivos específicos de política pública, os quais variam em concepção e forma de aplicação de acordo com o setor a que se refiram (observando os princípios, objetivos e limites específicos no respectivo setor).

Assim, conforme foi exposto, nem o antitruste nem a regulação setorial possuem uma finalidade única e global, que possa ser apontada como uniforme, independentemente do sistema jurídico e do estágio de desenvolvimento do respectivo Estado ou processo de integração.

Na verdade, como visto, tanto o antitruste, quanto a regulação setorial, cada um com suas especificidades, podem ser entendidos como instrumentos de intervenção do Estado, de maneira que contemplam finalidades políticas e sociais, que podem variar. Contudo, como também foi exposto, há aspectos centrais nas duas temáticas e perspectivas que podem ser

STUCKE, Maurice. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 15. Ainda para um estudo abrangente sobre os impactos do *big data* nos mercados globais, veja-se investigação específica da OCDE, a saber: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. OECD, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

²⁴² Para um conceito básico de teoria dos jogos, veja-se, por todos: “Teoria dos jogos diz respeito à análise de comportamento estratégico onde os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros. Teoria dos jogos assume que os tomadores de decisão (também chamados de jogadores ou agentes) são racionais, que significa que: i) eles sabem quais são seus objetivos e preferências, ii) eles sabem quais são as limitações e restrições relevantes às suas ações e iii) eles conseguem escolher a melhor ação possível dados seus objetivos e preferências e respeitadas as limitações e restrições relevantes. Em outras palavras, a teoria dos jogos é a ciência do comportamento racional em situações onde existe interação, ou interdependência, entre os agentes”. HILLBRECHT, Ronald. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 74.

²⁴³ Para uma compreensão da aplicação da teoria dos jogos à regulação, consoante realizado por Laffont e Tirole especificamente para a disciplina do setor de telecomunicações, veja-se: LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *Competition in Telecommunications*. Cambridge: MIT Press, 2001.

²⁴⁴ Para um entendimento básico da arquitetura de escolha e das repercussões para a forma mais adequada de regulação, veja-se: THALER, Richard H. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. New York: W. W. Norton & Company, 2015.

²⁴⁵ Não obstante existam entendimentos em sentido divergente, como exposto supra.

apontadas a ambas, auxiliando na adequada compreensão das finalidades que devam pautar o direito da concorrência e a regulação, mesmo sabendo das possíveis variáveis existentes.

Como destacado, historicamente e até os presentes dias, a disciplina legal do setor de telecomunicações é pautada pela regulação setorial e pelo direito da concorrência. Entretanto, restou claro que inexistiu, no momento, um consenso sobre as possíveis finalidades da regulação e do antitruste. Assim, a conjugação de tais aspectos tem o potencial de conduzir a uma indefinição total de finalidades e valores na disciplina específica do setor. Ausente ao menos uma finalidade a guiar tal disciplina, poderia haver uma indefinição no próprio tratamento normativo do setor. Nesse compasso, como destacado, a presente tese busca superar tal indefinição, a fim de aproximar a ideia da finalidade central que deva pautar a disciplina das telecomunicações.

Contudo, antes ainda de poder passar à proposição efetiva desta tese, devidamente apresentada a indefinição teleológica do antitruste e da regulação, analisados em separado, cumpre ser investigada a disciplina das telecomunicações como um todo. A dificuldade, porém, é que há diferenças nesta disciplina e na forma que a regulação setorial e o direito da concorrência são aplicados e inter-relacionados no setor, dependendo do país, processo ou acordo a que se refiram. Justamente por tal motivo é que, a fim de tentar identificar aspectos de aproximação e de distanciamento, a seguir promove-se uma investigação das experiências de disciplina do setor com maior representatividade para este trabalho, sejam estas nacionais, regionais ou internacionais

B. Experiências

Consoante exposto, não é possível apontar um objetivo único e global para o direito da concorrência e para a regulação setorial, analisados isoladamente. Dentro de uma perspectiva de Estado regulador, atuando de forma indireta e intervindo sobre o domínio econômico, tanto a regulação, quanto o antitruste, são vistos, também, como instrumentos que buscam determinadas finalidades, inclusive de cunhos político e social. Ademais, igualmente foi observado que, especificamente no que diz respeito à regulação, também há significativa variação de finalidades a depender do respectivo setor a que se refira o marco regulatório.

Com efeito, notadamente em um contexto de equilíbrio entre uma finalidade de concorrência nos mercados e outra finalidade (ou outras finalidades) especificamente para o respectivo setor, a regulação setorial ainda necessita ser considerada em conformidade com esta especificidade.

Não obstante tais variações e peculiaridades, foi possível identificar perspectivas de convergência na valorização da concorrência (mesmo que reconhecendo seu caráter também instrumental), na busca do bem-estar do consumidor em seu sentido mais amplo (*well-being*), na consideração do nível de desenvolvimento dos países, no fortalecimento da interregulação e no enfrentamento de questões regulatórias específicas do setor de telecomunicações. Tais convergências, porém, não são capazes de conduzir a um consenso teleológico ao antitruste e à regulação, analisados de forma pontual.

Diante deste contexto, e desde logo se sabendo que, como ressaltado, historicamente o direito da concorrência e a regulação setorial foram aplicados às telecomunicações de maneira a estabelecer a sua disciplina legal, dentro de uma perspectiva própria do setor, é importante analisar esta disciplina específica de uma forma global, até mesmo para se identificar as variações e os pontos de convergência entre as diferentes experiências de disciplina do setor²⁴⁶. A compreensão destes aspectos, conjugada com o já abordado anteriormente, certamente contribuirá para a formulação da finalidade precípua da disciplina do setor, como se propõe na presente tese. Entretanto, tal investigação não pode ser centrada exclusivamente nas experiências nacionais de disciplina do setor. Especialmente considerando que as telecomunicações têm uma inerente vocação internacional, que atravessa fronteiras físicas, deve-se buscar, igualmente, as experiências de disciplina do setor que abarcam mais de um país. Tal inclui experiências internacionais, com organizações e tratados típicos de direito internacional²⁴⁷, e processos de integração, com o fortalecimento das telecomunicações na região e a integração regional que promovem.

²⁴⁶ Um exemplo da necessidade de se investigar diferentes experiências de disciplina do setor pode ser obtido a partir da constatação de que uma mesma conduta ou operação nas telecomunicações pode ter um enfrentamento e uma solução totalmente diversa, a depender da respectiva jurisdição de investigação, tal qual ocorre com condutas da empresa *Google LLC* e com o seu diferente enfrentamento nas experiências dos Estados Unidos da América e da União Europeia. Para uma investigação destas diferenças neste exemplo específico, veja-se: MANNE, Geoffrey A.; WRIGH, Joshua D. Google and the limits of antitrust: the case against the antitrust case against Google. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 34, n. 1, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=1577556>. Acesso em: 01 nov. 2017. p. 10-25.

²⁴⁷ Naturalmente, não se desconhece a existência e a crescente relevância de autorregulação e de *soft law* como experiência de disciplina de variadas temáticas e diferentes setores em âmbito internacional. Entretanto, ao contrário do que se observa, por exemplo, no setor bancário, em que tanto a autorregulação, quanto o uso de *soft*

Naturalmente, consoante adiantado, não será possível abordar todas as experiências de disciplina do setor de telecomunicações no mundo. Optou-se por selecionar²⁴⁸ aquelas representativas, com algum nível de estudo acadêmico já realizado e com maior pertinência ao projeto ora proposto – com o tratamento pelo antitruste e pela regulação – e que, concomitantemente, proporcionassem suficiente representatividade das diferentes regiões e dos distintos estágios de desenvolvimento dos países. Sendo que, até mesmo pelo claro interesse e pela maior proximidade, a perspectiva brasileira será sempre considerada e colocada em apreciação, inclusive de forma relativamente mais pormenorizada. Igualmente, as experiências com um histórico mais vasto na disciplina do setor e, usualmente, objeto de um maior volume de estudos acadêmicos – como ocorre, por exemplo, com as experiências da União Europeia e dos Estados Unidos da América – também terão uma apreciação mais alongada.

Não são desconhecidas as inúmeras diferenças culturais, políticas, de sistemas jurídicos, de conformação de Estado, entre tantas outras, entre os países, bem como que tais características e peculiaridades influenciam e moldam toda a respectiva sociedade, inclusive a disciplina legal do setor. Não obstante, até mesmo por não ser pretendida a apresentação em detalhes de todas as características e os pormenores de cada uma das experiências destacadas²⁴⁹, o foco deste trabalho está na análise sintética dos aspectos mais relevantes da disciplina do setor destes países, notadamente no que se refere aos aspectos teleológicos e à aplicação do antitruste e da regulação setorial²⁵⁰.

law, mostram-se extremamente relevantes e altamente eficazes, no setor de telecomunicações a realidade é diversa, o que justifica que tais aspectos não sejam abrangidos neste trabalho. Para uma compreensão de experiências de autorregulação e de utilização eficaz de *soft law* especificamente no setor bancário, veja-se: MIRAGEM, Bruno. *Direito Bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²⁴⁸ As experiências territoriais de disciplina jurídica do setor de telecomunicações selecionadas para integrarem esta tese não são apontadas, portanto, como as mais relevantes ou eficazes na temática. Da mesma forma, seguindo a mesma lógica, destacadas experiências de disciplina do setor não são abrangidas neste trabalho. Para visualização de listas que ordenam os países classificação conforme determinados critérios específicos de regulação no setor de telecomunicações, veja-se: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018. Em sentido semelhante, mas com classificação baseada em critério de possibilidade de acesso ao setor de telecomunicações – chamado de “índice de oportunidade digital” ou, mais recentemente, de “índice de desenvolvimento” do setor – veja-se: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Measuring the Information Society Report 2016*. Genebra: UIT, 2016. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

²⁴⁹ A fim de não alongar demasiada e desnecessariamente a presente tese, as experiências de disciplina do setor serão apresentadas de maneira sintética. De qualquer forma, serão sempre apontadas obras específicas em notas de rodapé, nas quais poderão ser buscados maiores detalhes sobre cada uma das experiências de disciplina do setor referidas ao longo da tese.

²⁵⁰ Sem prejuízo, repita-se, da apresentação em notas de rodapé de obras de referência sobre as experiências investigadas, em que poderão ser buscados os detalhamentos eventualmente desejados.

Nesse sentido, a seguir serão analisadas as experiências de disciplina do setor de telecomunicações selecionadas nesta tese, iniciando-se por experiências nacionais para, posteriormente, serem analisadas as experiências regionais e internacionais.

B.1 Nacionais

Consoante destacado, à exceção dos Estados Unidos da América, praticamente todos os países mantinham as telecomunicações em regime de monopólio público, normalmente atribuindo a circunstância à invocada existência de monopólio natural no setor²⁵¹. Igualmente foi exposto que as reformas no setor atingiram a maioria dos países, com o rompimento dos monopólios e a busca de algum nível de concorrência nos mercados. Contudo, apesar da origem semelhante, da comum iniciativa de realização de reformas no setor e, inclusive, de uma similar finalidade de introdução da concorrência nos mercados de telecomunicações, observa-se variação na maneira com que cada Estado implementou as reformas em seu setor. Em especial, mesmo quando observados objetivos similares nos processos, houve diferenças nas formas de aplicação e de conjugação do antitruste e da regulação setorial na disciplina das telecomunicações durante esta busca de superação dos monopólios.

Nesse compasso, a fim de avançar na hipótese desta tese, faz-se mister que algumas destas experiências de disciplina das telecomunicações em âmbito nacional sejam investigadas e analisadas, inclusive com foco nas respectivas peculiaridades concernentes à aplicação da regulação setorial e do antitruste e às finalidades visadas pela respectiva disciplina legal.

§1º Brasil

Conforme adiantado, a experiência brasileira de disciplina do setor, naturalmente, será objeto de estudo mais detalhado, razão pela qual, também, foi escolhida como primeira a ser abordada neste trabalho.

²⁵¹ Sobre monopólio natural, especificamente no setor de telecomunicações, veja-se: “For a long time, the telecommunications market was considered a natural monopoly: it was deemed more efficient that a single company provided all the services, using its own network. The question did not therefore arise as to the need to identify ways through which other providers could be allowed to enter the market”. PERRUCCI, Antonio; CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 21, n. 6, 1997. p. 498.

No Brasil, inicialmente e até a edição do Código Brasileiro de Telecomunicações²⁵², em 1962, as telecomunicações eram marcadas pela fragmentação e pela descentralização, com centenas de operadoras no país atuando sem qualquer orientação comum clara. A partir de 1962, acompanhando a já mencionada tendência mundial de concentração das telecomunicações em uma única operadora, o setor começou a ser organizado e agrupado sob monopólio estatal da União Federal²⁵³. Nesse intuito, foi criada a Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL), que, posteriormente, tornou-se subsidiária da então novel Telecomunicações Brasileiras S.A. (TELEBRAS)²⁵⁴, conjuntamente com vinte e sete outras companhias telefônicas estaduais ou locais, igualmente subsidiárias da TELEBRAS²⁵⁵.

Diante dos problemas, circunstâncias e desafios já referidos anteriormente, e de outras peculiaridades da realidade brasileira²⁵⁶, a partir de 1995 o Brasil aderiu à então tendência global de introdução da concorrência em seu setor de telecomunicações. Tal processo²⁵⁷

²⁵² O Código Brasileiro de Telecomunicações foi instituído pela Lei n. 4.117, de 1962, a saber: BRASIL. *Lei n. 4.117*, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁵³ Sobre a fragmentação inicial do setor no Brasil e a criação do sistema TELEBRAS, veja-se: “A fragmentação do poder de outorgar concessões perdurou até a Constituição de 1967, a qual concentrou de forma expressa tal competência na União. Subsequentemente, a Lei n. 5.792, de 11 de julho de 1972, estruturou o Sistema Telebrás e autorizou, em seu art. 11, a transformação da Embratel em uma sociedade de economia mista que passaria a ser subsidiária da Telebrás, procedimento que foi regulamentado pelo Decreto n. 70.913/72”. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37.

²⁵⁴ Para detalhes deste movimento de formação do monopólio público no setor no Brasil, veja-se, por todos: GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. *Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações*. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 591.

²⁵⁵ Mesmo após a consolidação do monopólio estatal no setor, quatro companhias resistiram à concentração realizada e permaneceram independentes do denominado Sistema TELEBRAS, quais sejam: uma companhia privada (a Companhia de Telecomunicações do Brasil Central) e três companhias estatais (a Companhia Riograndense de Telecomunicações S.A. – CRT, a Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto S.A. – CETERP e o Serviço de Comunicações Telefônicas de Londrina – SERCONTEL). Para maiores detalhes, veja-se: GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. *Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações*. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 593.

²⁵⁶ Sobre as peculiaridades da realidade brasileira quando do processo de rompimento dos monopólios no setor, veja-se: RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações: a Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 96.

²⁵⁷ Sobre o início do processo de criação do novo marco normativo de disciplina do setor no Brasil, veja-se: “O primeiro marco normativo de implementação do novo modelo foi a Emenda Constitucional n. 8/95, que alterou a redação do art. 21, XI. Foi elaborada com o claro propósito de permitir a reestruturação do setor de telecomunicações com base na quebra de monopólio público e passagem para um regime de mercado. Viabilizou, ainda, as privatizações, na medida em que retirou a exigência de que os serviços de telecomunicações fossem prestados por empresas sob controle estatal. Dando sequência a esse processo, à promulgação da aludida emenda seguiu-se a Lei n. 9.295, de 19 de julho de 1996. No momento da promulgação da Constituição de 1988, o modelo construído em torno do monopólio estatal foi recepcionado e confirmado. O art. 21, XI, não apenas atribuiu à União a competência para explorar os serviços de telecomunicações, mas expressamente estabeleceu que isso deveria ser feito de forma direta ou mediante empresas sob controle acionário estatal”. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

iniciou com a edição da Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995²⁵⁸, a qual passou a permitir a exploração dos serviços de telecomunicações através de autorizações, concessões e permissões. Posteriormente, foi editada a Lei n. 9.295²⁵⁹, de 19 de julho de 1996, liberalizando serviços de valor adicionado e flexibilizando a exploração de serviços não abertos ao público. Em seguimento, foi editada a denominada “Lei Geral de Telecomunicações” (Lei n. 9.472²⁶⁰, de 16 de julho de 1997), que dispôs acerca da criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), autoridade reguladora do setor no país, vinculada ao Ministério das Comunicações, mas dotada de independência administrativa e ausência de subordinação hierárquica. Assim, dita lei estabeleceu critérios e princípios para a competição nos mercados de serviços e de infraestruturas de telecomunicações, ao mesmo tempo em que criou a autoridade reguladora competente e responsável pela regulação setorial específica no Brasil.

Em 1998, foram editados o Plano Geral de Outorgas (Decreto n. 2.534/98²⁶¹) e o Plano Geral de Metas (Decreto n.º 2.592/98²⁶²). Também ocorreram a separação das operadoras de telefonia fixa das de telefonia móvel, a cisão parcial da TELEBRAS e o ulterior leilão em que foram alienados os controles das empresas cindendas²⁶³.

O processo eleito pelo Brasil para a introdução da concorrência no setor foi o de se realizar uma etapa transitória, entre a fase de monopólio estatal e a de liberdade de concorrência. Nesse sentido, entre 1998 e 2003, foi previsto no Brasil um regime especial de

p. 42. Para um maior detalhamento do processo adotado pelo Brasil para romper o monopólio no setor, veja-se: XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 25.

²⁵⁸ A saber: BRASIL. *Emenda Constitucional n. 8*, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁵⁹ A saber: BRASIL. *Lei n. 9.295*, de 19 de julho de 1996. Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁶⁰ A saber: BRASIL. *Lei n. 9.472*, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁶¹ A saber: BRASIL. *Decreto n. 2.534*, de 02 de abril de 1998. Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁶² A saber: BRASIL. *Decreto n. 2.592*, de 15 de maio de 1998. Aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁶³ Os detalhes deste leilão podem ser conferidos no próprio Edital MC/BNDES n.º 01/98 que disciplinou tal procedimento: MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES DO BRASIL. *Edital MC/BNDES n. 01*, de 10 de junho de 1998. Disponível em: <<http://www.telebras.com.br>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

duopólio regional para os serviços básicos²⁶⁴, em especial o de telefonia, com vedações e restrições à atuação em mais de um tipo de serviço e mais de uma região. Na telefonia fixa, o país foi dividido em quatro regiões territoriais. Em cada uma delas foi prevista a atuação de uma empresa diferente, oriundas da antiga monopolista (incumbente), atuando sob o regime público, com base em concessões. Adicionalmente, foi prevista a atuação de mais uma operadora diferente em cada região, sem relação com a antiga monopolista (denominadas de “empresas espelho”), estas atuando sob o regime privado, com base em autorizações²⁶⁵. Foi contemplada, assim, regulação assimétrica – isto é, não uniforme em todo o setor, incidindo de forma especial sobre determinados agentes econômicos – de competência da ANATEL, de maneira que as empresas incumbentes, ex-estatais, sujeitavam-se à regulação e à imposição de obrigações em matéria de continuidade, universalização e controle tarifário. Na telefonia móvel celular, a divisão do espaço territorial no país foi realizada em mais regiões, porém sendo preservado o modelo de duopólio, com atuação de empresas das denominadas bandas A e B em cada região²⁶⁶. Na telefonia móvel celular o regime de atuação para as empresas das duas bandas era igualmente o privado, não havendo, portanto, o mesmo nível de assimetria existente na telefonia fixa. Os demais serviços de telecomunicações, não apenas os já existentes à época, mas também os que se desenvolveram posteriormente, em especial a oferta de acesso à internet²⁶⁷, igualmente passaram a ser tratados e disciplinados pela ANATEL

²⁶⁴ Para informações sobre o período de duopólio em mercados de telecomunicações no Brasil, veja-se: GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 596.

²⁶⁵ Para um detalhamento acerca das diferenças entre os regimes de atuação nesta fase de duopólio do setor na experiência brasileira, veja-se: ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 20.

²⁶⁶ Para um detalhamento das diferenças de atuação nas aludidas bandas A e B da telefonia móvel, veja-se: GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 601.

²⁶⁷ Em verdade, o acesso à internet no Brasil, a depender das características e da rede que lhe dá suporte, se própria ou de terceiro, pode caracterizar simples serviço de valor adicionado, não sujeito à fiscalização da ANATEL, ou serviço de comunicação multimídia, este sim submetido à disciplina da ANATEL. Em ambos, de qualquer forma, o serviço é prestado em regime privado. Para conceituação de serviço de valor adicionado, veja-se: “Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. § 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”. BRASIL. *Lei n. 9.472*, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018. art. 61. O serviço de comunicação multimídia é atualmente regulado pela Resolução nº 614 da ANATEL, a saber: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 614*, de 28 de maio de 2013. Aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia e altera os Anexos I e III do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito

como de regime privado, não tendo passado pela aludida fase de duopólio observada nos serviços de telefonia fixa e celular.

Esta etapa transitória de duopólio legal nos serviços perdurou até 31 de dezembro de 2003, quando foi finalizado o processo de liberalização formal da concorrência no setor²⁶⁸. Não obstante tal liberalização, especificamente nos serviços de telefonia fixa, persistiu o tratamento assimétrico de empresas atuando sob o regime público, com obrigações especiais, ainda a partir de concessões e com intervenção inclusive em matéria tarifária. Já nos demais serviços de telecomunicações, desde então prevalece o regime privado de prestação²⁶⁹. Em qualquer hipótese, porém, tratando-se de serviços de telecomunicações, a ANATEL remanesce como autoridade competente em matéria de regulação setorial e a exerce desde que foi criada.

Este processo de superação do monopólio do setor até a liberação formal da concorrência, desde sua origem, teve o objetivo declarado e reconhecido de introduzir e

de Exploração de Serviços de Telecomunicações e pelo Direito de Exploração de Satélite. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

²⁶⁸ Para uma visão crítica do processo de introdução da concorrência no setor de telecomunicações brasileiro, inicialmente através da constituição de um duopólio, até a posterior liberalização, veja-se: “O tão repetido intuito de estimular a competição no setor restringiu-se na prática a dois aspectos. Em primeiro lugar, à existência de licitação, e portanto concorrência verdadeira no momento inicial (relembrando portanto a já citada e criticada perspectiva da Escola de Chicago traduzida no Demsetz auction (v. supra, n. 3.4.2, a.4, em especial notas 62 e 64 e texto). E, em segundo lugar, a existência de uma outra operadora na banda A. Havendo apenas um operador na banda B, o sistema operará no regime de duopólio. A escolha desse regime parece ter sido motivada pelo intuito de aumentar o valor da concessão (já que há o valor adicional da participação em um duopólio) e pela mencionada desconfiança na eficácia do sistema competitivo em um setor em que há dúvidas quanto à possibilidade de eliminação das características básicas dos monopólios naturais. Recentemente esse quadro foi alterado por força da regulamentação de um novo serviço pela ANATEL, o Serviço Móvel Pessoal (SMP), concorrente do serviço de telefonia celular (Serviço Móvel Celular – SMC) e dotado de tecnologia mais avançada. Essa regulamentação, iniciada pelas Diretrizes para Implementação do Serviço Móvel Pessoal (Resolução n. 235, de 21 de setembro de 2000), prevê a outorga de três licenças de SMP para cada uma das três regiões nas quais o território brasileiro foi dividido. Há também restrições à participação cruzada, à semelhança do que foi feito com a telefonia fixa e celular. Com isso espera-se aumentar o grau de concorrência no setor, pela maior diversidade de empresas ofertando serviços móveis de telecomunicações. Resta saber se essa opção por um sistema competitivo ‘pela metade’ será suficiente para resolver os problemas crônicos do setor (falta de investimentos e ineficiência) que imaginava-se poder solucionar exatamente através da introdução do sistema concorrencial”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 254.

²⁶⁹ O que não impedia a atuação da ANATEL, inclusive em questões tarifárias, em casos de abusos ou de prática prejudicial à competição. Nesse sentido: “Art. 129. O preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no § 2º do art. 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria”. BRASIL. *Lei n. 9.472*, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018. Art. 129. Naturalmente, tal também não impede a atuação dos demais órgãos e autoridades (relacionados à defesa da concorrência e à defesa do consumidor, por exemplo), caso a questão tarifária venha a possibilitar a atuação destes.

viabilizar a manutenção de concorrência nos mercados de telecomunicações do país²⁷⁰. Entretanto, tal objetivo não era o único existente, uma vez que também expressamente se visava à universalização de serviços mínimos²⁷¹, ao aprimoramento da qualidade dos serviços e à defesa do consumidor²⁷².

Neste contexto de reconhecimento de finalidades setoriais específicas, a serem equilibradas com a busca da concorrência nos mercados, foi atribuída à ANATEL margem de atuação bastante ampla, com uma série de competências, que possibilitavam a implementação de extensa regulação setorial específica e a intervenção *ex ante*²⁷³ nos mercados em inúmeras situações²⁷⁴. Nesse sentido, todas as questões de ordem técnica e específicas do setor

²⁷⁰ Sobre a opção do legislador brasileiro pelo sistema concorrencial na reforma legislativa promovida no setor de telecomunicações, veja-se: “No setor de telecomunicações a situação parece mais clara. A opção do legislador pelo sistema concorrencial é bem mais evidente. Como na regulamentação da energia elétrica procura-se de início eliminar as características estruturais do setor a aproximá-lo dos monopólios naturais. A primeira preocupação é garantir o amplo acesso de todas as operadoras à rede pública de telecomunicações, bem de valor inestimável e que não pode nem física nem economicamente ser duplicado. Por essa razão a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997) estabelece a obrigatoriedade da interconexão à rede pública (art. 147, que as denomina de ‘redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo’) ao mesmo tempo que dispõe que esta deverá ser realizada de forma não discriminatória e em estímulo à competição (art. 152)”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 253.

²⁷¹ Especificamente sobre a universalização da prestação de serviços de telecomunicações na legislação brasileira, veja-se: “No âmbito da LGT, porém, a regulação concorrencial deve ser pensada em conjunto com a política de universalização, de forma que uma não impacte negativamente no desenvolvimento da outra. Mas é possível ir além e observar que, em certas circunstâncias, o fortalecimento de uma poderá até mesmo servir de estímulo à outra. Na experiência brasileira recente, a telefonia móvel celular é claro exemplo de como a concorrência pode servir de estímulo à difusão do acesso aos serviços de telecomunicações. Embora o serviço móvel celular não esteja formalmente contemplado no âmbito da política de universalização, é inegável sua contribuição para a difusão do acesso à telefonia no Brasil, o que demonstra também a possibilidade de um ambiente concorrencial trazer efeitos que podem impulsionar a política de universalização”. FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64.

²⁷² A preocupação do legislador brasileiro em relação à proteção dos interesses dos consumidores refletiu na expressa referência no artigo 5º da Lei n. 9.472, a saber: “Art. 5º. Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público”. BRASIL. *Lei n. 9.472*, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018. art. 5º.

²⁷³ Para uma diferenciação entre os controles *ex ante* e *ex post* no direito da concorrência e na regulação setorial, veja-se: CHONÉ, Philippe. *Droit de la concurrence et régulation sectorielle: entre ex ante et ex post*. Paris: Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2006. Disponível em: <<http://www.cairn.info/droit-et-economie-de-la-regulation-4--9782247066534-page-49.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017. Em sentido complementar, veja-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

²⁷⁴ A própria Lei n. 9.472 tratou de prever amplo campo de atuação *ex ante* para a ANATEL, a saber: “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] X - expedir normas sobre prestação de serviços de

naturalmente foram submetidas à regulação (também econômica) do setor por parte da ANATEL²⁷⁵. Como visto, em matéria tarifária foi atribuída à ANATEL ampla competência, notadamente nos serviços prestados sob o regime público. Igualmente como adiantado, o ingresso de empresas no setor também ficou sob a competência e a depender da atuação da ANATEL, seja na forma de concessão, seja na forma de autorização. Da mesma forma, a ANATEL também teve reconhecida a competência para editar regras visando à defesa do consumidor de forma especial e específica no setor²⁷⁶, independente do regime de prestação dos serviços.

E mais, mesmo em relação a aspectos eminentemente concorrenciais do setor, também foi inicialmente atribuída à ANATEL a competência para atuar, podendo inclusive “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica”²⁷⁷. Esta possibilidade de atuação da ANATEL

telecomunicações no regime privado; [...] XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;”. BRASIL. *Lei n. 9.472*, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018. art. 19.

²⁷⁵ Exemplo típico desta competência e da atuação mais técnica da ANATEL é a atribuição relativa ao gerenciamento do espectro eletromagnético, com a alocação e a definição das condições de uso, autorização e controle de radiofrequências, em território nacional. Na versão mais recente da regulação específica da ANATEL sobre a questão, a definição de espectro foi realizada da seguinte forma: “Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento, além das definições constantes da legislação e da regulamentação, aplicam-se as seguintes definições: [...] XIV - espectro de radiofrequências: bem público, de fruição limitada, administrado pela Anatel, correspondente ao espectro eletromagnético abaixo de 3000 GHz, cujas ondas eletromagnéticas se propagam no espaço sem guia artificial e que é, do ponto de vista do conhecimento tecnológico atual, passível de uso por sistemas de radiocomunicação;”. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Resolução nº 671, de 03 de novembro de 2016. Aprova o Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências e altera o Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências e o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2016/911-resolucao-671>>. Acesso em: 15 jan. 2018. Para uma visão jurídica mais detalhada sobre o tratamento do espectro eletromagnético no Brasil, veja-se: ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 26.

²⁷⁶ É exemplo desta defesa do consumidor de forma específica no setor promovida pela ANATEL o denominado Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações. A saber: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Resolução nº 632, de 07 de março de 2014. Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

²⁷⁷ Assim constou do diploma legal à época: “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] XIX – exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”. BRASIL. *Lei n. 9.472*, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018. art. 19.

contemplada em lei obviamente acabava limitando o papel desempenhado pela legislação antitruste e pela autoridade de defesa da concorrência nos mercados de telecomunicações, sem que tal, porém, implicasse qualquer isenção ou imunidade à aplicação do antitruste no setor²⁷⁸.

Em verdade, mesmo para a análise dos atos de concentração, atividade tipicamente afeita à defesa da concorrência, a legislação setorial previa²⁷⁹ a participação da ANATEL no mínimo com o papel de investigar os atos, elaborar pareceres sobre os mesmos e submetê-los à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica²⁸⁰ (CADE, autarquia federal responsável pela defesa e pela promoção da concorrência no país²⁸¹). Ainda, nos casos em que o ato de concentração envolvesse a transferência de concessão, autorização ou permissão para prestação de serviço de telecomunicações (como ocorre com a transferência de controle de

²⁷⁸ No capítulo B da parte II desta tese, será abordada a discussão acerca da isenção ou da imunidade à aplicação do antitruste em setor em decorrência da existência de regulação setorial específica, de maneira que ora não se aprofunda esta questão. Não obstante, desde logo é destacado o reconhecimento de que, na experiência brasileira de antitruste, não há previsão expressa de imunidade da regulação setorial à aplicação do direito da concorrência. Nesse sentido: “A questão da imunização da conduta do agente por força da atuação governamental não apresentaria dificuldade em presença de declaração constitucional expressa de imunidade para esse ou aquele setor. Não é isso o que ocorre, no entanto. A Constituição brasileira não prevê qualquer imunidade expressa à aplicação do direito antitruste”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 246.

²⁷⁹ Veja-se a previsão do artigo 7º, §§ 1º e 2º, da mencionada Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei. § 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica. § 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador”. BRASIL. *Lei n. 9.472*, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018. art. 7º.

²⁸⁰ Sobre a participação da ANATEL nesta fase da disciplina então em vigor, inclusive em aspectos tipicamente concorrenciais, veja-se: “Assim, no setor de telecomunicações, atos de concentração econômica são inicialmente analisados pela Anatel, que emite parecer sobre os aspectos concorrenciais da transação e o envia ao CADE para que este dê a decisão final quanto à licitude do ato. A Anatel desempenha, assim, o papel que a Lei n. 8.884/94 concede às Secretarias de Direito Econômico e Acompanhamento Econômico”. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 11, n. 1, 2004. p. 115.

²⁸¹ Para uma visão geral do CADE e do seu papel no direito da concorrência no Brasil, veja-se: FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. Sobre a competência e a atuação do CADE nesta fase da disciplina legal das telecomunicações no Brasil, veja-se: “Dessas duas regras é possível deussumir que o legislador resolveu deixar à nova Agência a investigação e o julgamento preliminar das infrações à ordem econômica, que no sistema da Lei n. 8.884/94 incumbem à SDE, e não ao CADE. A carga da Agência fica, portanto, o controle preliminar das condutas. Já ao CADE cabe o controle em grau de recurso (de decisão da ANATEL sobre o arquivamento ou não do processo). No que diz respeito ao controle das estruturas a divisão de competências é a mesma. A ANATEL substitui SDE e SEAE na elaboração de parecer técnico sobre atos de concentração e cooperação, encaminhando-o ao CADE, a quem cabe aprovar ou não o ato, com ou sem restrições. Para que ficasse claro o procedimento relacionado ao controle das estruturas no setor de telecomunicações foi editada pela ANATEL a Norma n. 04/98”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 255.

empresas, por exemplo), a própria ANATEL podia “impedir a concentração econômica no mercado”²⁸², impondo restrições, limites ou condições às empresas envolvidas, antes mesmo de encaminhar a questão para a apreciação do CADE. Originalmente, ainda, nos casos de análise de atos de concentração no setor de telecomunicações que eram decididos pelo CADE, este definia o respectivo mercado relevante basicamente de acordo com as definições de serviços determinadas pela regulação setorial da ANATEL²⁸³, e não com base nos usos e procedimentos que normalmente eram implementados para definir mercados relevantes para fins de antitruste em outros setores da sociedade. Não obstante, o CADE remanesceu – e remanesce – com competência plena para aplicação do direito da concorrência nacional, inclusive no setor de telecomunicações²⁸⁴, de maneira complementar à atuação da ANATEL, como destacado.

Com o avanço da concorrência, as inovações tecnológicas e as respectivas transformações dos mercados, entendeu-se pela necessidade de atualização da regulação setorial no país editada pela ANATEL e pela sua aproximação com conceitos do antitruste. Em especial, foi adotado e incorporado à regulação do país²⁸⁵ o conceito de “poder de

²⁸² Sobre a competência inicial da ANATEL também em matéria típica do direito da concorrência, veja-se: “Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupo empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações”. BRASIL. *Lei n. 9.295*, de 19 de julho de 1996. Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018. art. 71.

²⁸³ Sobre esta relação entre ANATEL e CADE, inclusive na definição de mercado relevante, veja-se: “A jurisprudência do CADE demonstra que este órgão, quando da definição de mercado relevante de serviços no setor de telecomunicações, tem se pautado, basicamente, na definição dada pela Anatel, que por sua vez o faz com a mesma definição regulamentar do serviço. Isso é claro tanto nas decisões envolvendo a privatização do Sistema Telebrás, quanto em julgados mais recentes. No entanto, em decisão envolvendo a privatização de operadora de SMC, no qual considerou o mercado relevante como sendo o desse serviço na área de concessão da operadora, o Conselheiro-Relator Marcelo Calliari já alertava: ‘É importante ressaltar que a rapidez das modificações tecnológicas e institucionais a nível mundial do setor de telecomunicações podem questionar no curto ou no médio prazo a presente caracterização do mercado relevante’”. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 11, n. 1, 2004. p. 107.

²⁸⁴ Novamente, a própria Lei Geral de Telecomunicações, já mencionada, é expressa ao ressaltar a competência de atuação do CADE no setor. Nesse sentido: “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE;”. BRASIL. *Lei n. 9.472*, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018. art. 19.

²⁸⁵ Sobre a introdução do conceito de poder de mercado significativo para fins de regulação assimétrica nas telecomunicações do Brasil, veja-se: “Em vista de tais diretrizes, e reconhecendo a insuficiência da regulação concorrencial existente, a Anatel editou e reviu diversos atos normativos. Criou um sistema de regulação assimétrica, no qual regras e obrigações mais rigorosas são aplicáveis àquelas operadoras que possuem um poder

mercado significativo” (PMS)²⁸⁶, então presente nas experiências de outras jurisdições²⁸⁷. Em síntese²⁸⁸, nesta modalidade de utilização da regulação setorial, aprimorada e disciplinada em detalhes no Brasil em 2012 com o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC)²⁸⁹, compete à ANATEL identificar mercados relevantes²⁹⁰, em áreas geográficas específicas, em que seja

de mercado significativo. Também pretendeu promover ampla modificação na regulação de remuneração de acesso às redes e elementos de redes, de forma a baseá-la efetivamente no custo de disponibilização de tais utilidades. A regulação passa, assim, a estar orientada às prestadoras com ‘Poder de Mercado Significativo’ (PMS), definidas de forma genérica como aquelas que detêm ‘posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições de mercado relevante, assim considerada pela Anatel’. [...] Nesse sentido adotam-se, para as prestadoras de STFC e SMP com PMS, parâmetros de regulação assimétrica para fixação do valor da remuneração, com base nas metodologias de apuração de custos já referidas acima”. FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 93.

²⁸⁶ O conceito de PMS e seu acolhimento na regulação setorial do Brasil foram justificados inicialmente de forma mais abrangente no hoje já revogado Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR), a saber: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução n° 516*, de 30 de outubro de 2008. Aprova o Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/23-2008/11-resolucao-516>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

²⁸⁷ A inspiração brasileira em outras experiências internacionais para a introdução do conceito de PMS na regulação setorial brasileira constou expressamente do próprio PGR. Nesse sentido: “A abertura do mercado de telecomunicações à competição, seja baseada na prestação de serviços exclusivamente no regime público, seja exclusivamente no regime privado ou concomitantemente nos dois regimes, permitiu que o Estado, ao se retirar da prestação direta de atividades econômicas, se concentrasse nas funções de agente regulador e zelasse pelo bom funcionamento do mercado, protegendo os interesses dos usuários de serviços de telecomunicações. A atuação da Anatel na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações e na defesa da livre concorrência tem permitido a ampliação da liberdade de escolha dos usuários. Nesse sentido, o conceito difundido internacionalmente de identificação de mercados relevantes e entidades com Poder de Mercado Significativo pode ser bem aproveitado no exercício das políticas públicas que visam a melhor atender os anseios da sociedade”. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução n° 516*, de 30 de outubro de 2008. Aprova o Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/23-2008/11-resolucao-516>>. Acesso em: 15 jan. 2018. Cap. II.5.

²⁸⁸ Assim constou do PGR no que se refere ao PMS: “As definições relativas a PMS são instrumentos que devem ser utilizados pelo órgão regulador de forma a conduzir os mercados relevantes a este cenário. Apesar de o Brasil já apresentar um contexto econômico marcado pela presença de grandes Grupos, esses Grupos não possuem o mesmo poder de mercado em todas as suas áreas de atuação. A análise dos dados em cada Região do PGO permite verificar a dominância dos Grupos controladores de concessionárias locais. Assim, ao adotar assimetrias regulatórias, a Anatel deve considerar os diversos grupos com PMS em cada Região, nos diversos serviços, de forma a estimular o crescimento dos grupos com menos poder de mercado em cada Região. Esse propósito deverá orientar a atuação do órgão regulador nas análises de suas decisões”. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução n° 516*, de 30 de outubro de 2008. Aprova o Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/23-2008/11-resolucao-516>>. Acesso em: 15 jan. 2018. Cap. IIV.10.

²⁸⁹ O PGMC foi aprovado pela Resolução n° 600, de 8 de novembro de 2012, a saber: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução n° 600*, de 08 de novembro de 2012. Aprova o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/425-resolucao-600>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

²⁹⁰ O mercado relevante foi assim conceituado pela ANATEL: “Art. 4º. [...] IX - Mercado Relevante: Produto ou grupo de produtos e área geográfica em que ele é produzido ou vendido, tal que um monopolista hipotético, não sujeito a regulação de preços, poderia provavelmente impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes;”. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução n° 600*, de 08 de novembro de 2012. Aprova o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/425-resolucao-600>>. Acesso em: 15 jan. 2018. Art. 4º.

entendido como necessário um estímulo adicional à competição, e identificar quais empresas detêm PMS, para, conseqüentemente, impor a estas obrigações especiais, inclusive de natureza *ex ante*, de maneira assimétrica, portanto.

Igualmente inspirando-se em experiências internacionais²⁹¹ e se aproximando do direito da concorrência do Brasil, a definição dos mercados relevantes aptos a serem submetidos à regulação assimétrica *ex ante* depende da presença de três critérios cumulativos, a saber: (i) presença de barreiras à entrada estruturais elevadas e não transitórias; (ii) manutenção, em um período de tempo não desprezível, da probabilidade de exercício de poder de mercado; e, (iii) insuficiência da legislação de concorrência e da regulamentação disponível para redução da probabilidade de exercício de poder de mercado²⁹². Atualmente, os mercados identificados como relevantes pela ANATEL, com base nestes critérios, todos do atacado, são os de (i) acesso às redes; (ii) infraestrutura passiva de dutos; (iii) transporte de dados de alta capacidade e de interconexão de dados; (iv) exploração industrial de linhas dedicadas (EILD)²⁹³; (v) interconexão móvel; e (vi) *roaming* nacional²⁹⁴.

Já para a identificação dos grupos identificados como de PMS nos respectivos mercados relevantes, foi prevista metodologia no aludido PGMC que contempla análise de (i) participação de mercado; (ii) capacidade de explorar as economias de escala do mercado relevante; (iii) capacidade de explorar as economias de escopo do mercado relevante; (iv) controle sobre infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável; (v) e atuação concomitante nos mercados de atacado e varejo, sem prejuízo, ainda, de eventuais critérios adicionais.

Uma vez identificado um grupo com PMS em um dos mercados relevantes, a ANATEL pode, então, adotar medidas regulatórias assimétricas, inclusive de natureza *ex*

²⁹¹ Em especial a inspiração brasileira pode ser identificada na experiência da União Europeia de regulação do setor, em que um similar “teste de três critérios” foi adotado, o que será objeto de estudo e investigação no capítulo B.1, da parte I, desta tese.

²⁹² Estes critérios estão expressamente previstos no art. 6º do PGMC, a saber: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 600*, de 08 de novembro de 2012. Aprova o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/425-resolucao-600>>. Acesso em: 15 jan. 2018. Art. 6º, inc. I, II e III.

²⁹³ Para detalhamento sobre o mercado de EILD, veja-se o respectivo regulamento da ANATEL, a saber: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 590*, de 15 de maio de 2012. Aprova o Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/332-resolucao-590>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

²⁹⁴ Para a visualização em detalhes dos aludidos mercados relevantes submetidos à legislação assimétrica, veja-se: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Plano geral de metas de competição e regulamento de homologação de ofertas de referência de produtos de atacado: audiência pública - consultas públicas 35, 36 e 37*. Brasília, 24 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

ante, em matéria de (i) transparência; (ii) tratamento isonômico e não discriminatório; (iii) controle de preços de produtos no atacado; (iv) obrigações de acesso e de fornecimento de recursos de rede específicos; (v) obrigações de oferta de produtos no atacado; (vi) obrigações para corrigir falhas de mercados específicas ou para atender ao ordenamento legal ou regulatório; e (vii) separação contábil, funcional ou estrutural²⁹⁵. Até o presente momento, as medidas *ex ante* e assimétricas adotadas pela ANATEL aos respectivos grupos identificados com PMS consistiram em obrigações de transparência e controle de preços²⁹⁶.

Questões como a imposição de obrigação de venda de serviço no atacado e de obrigação de portabilidade numérica, específicas do setor, mas com natural repercussão sob o ponto de vista da concorrência nos mercados e da proteção aos consumidores, também foram alocadas dentro da competência atribuída à ANATEL²⁹⁷. Em especial, ainda em 2007, a ANATEL editou Resolução específica disciplinando a obrigação de observância à portabilidade numérica nos serviços de telecomunicações²⁹⁸.

No que se refere à universalização do acesso dos consumidores às redes, para além da imposição inicial do dever de universalização às operadoras atuantes no mercado sob o regime público, desde logo foi previsto o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), gerido pela ANATEL, para custeio do cumprimento de tais

²⁹⁵ As medidas para atuação assimétrica *ex ante* estão expressamente previstas no art. 12 do PGMC, a saber: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução n° 600*, de 08 de novembro de 2012. Aprova o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/425-resolucao-600>>. Acesso em: 15 jan. 2018. art. 12.

²⁹⁶ Para detalhamento das medidas impostas e identificação dos grupos abrangidos na sistemática de PMS no Brasil, veja-se: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Plano geral de metas de competição e regulamento de homologação de ofertas de referência de produtos de atacado: audiência pública - consultas públicas 35, 36 e 37*. Brasília, 24 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

²⁹⁷ Sobre a imposição de obrigação de venda de serviço no atacado e a portabilidade numérica nas telecomunicações do Brasil, bem como sobre sua contribuição para o incremento da concorrência, veja-se: “O fundamento legal para impor uma obrigação de venda de serviço no atacado a revendedor são as regras da LGT que atribuem ao Poder Público o dever de desenvolver a concorrência no setor (arts. 2º, III, e 6º). Em situações nas quais a revenda mostrar-se inócua para tal finalidade, ou atingir agentes sem poder econômico, já sujeitos a pressões concorrenciais, a obrigação careceria de apoio na LGT. Já a portabilidade facilita ao usuário o exercício do direito de livremente escolher a prestadora de seu serviço, pois afasta um dos principais custos envolvidos com a modificação de quem lhe presta o serviço (i.e., a mudança de número). É pelo número que o usuário é encontrado por terceiros, e sua modificação exigirá que ele comunique aos demais usuários, de alguma forma, tal fato. No âmbito empresarial, isso poderá exigir investimentos não desprezíveis. Ao se facilitar o processo de mudança de operadora, permitindo ao usuário manter o mesmo número, estimula-se a concorrência em dado mercado”. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 93.

²⁹⁸ Foi implementado, em 2007, o Regulamento Geral de Portabilidade, a saber: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução n° 460*, de 19 de março de 2007. Aprova o Regulamento Geral de Portabilidade – RGP. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/22-2007/8-resolucao-460>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

obrigações²⁹⁹. Posteriormente, no ano de 2010, o Brasil implementou um primeiro programa nacional, denominado Programa Nacional de Banda Larga³⁰⁰. Tal Programa possuía metas a serem atingidas até o ano de 2016 e incluía regulação setorial específica com fixação de preços e imposição de deveres de universalização para a oferta de serviços básicos de banda larga³⁰¹, bem como previa a atuação da TELEBRAS para a oferta de serviço de conexão à internet em banda larga para usuários finais, exclusivamente em localidades onde inexistisse oferta adequada daqueles serviços³⁰². Em 2016, tal Programa foi substituído pelo Programa Brasil Inteligente³⁰³, com objetivo de universalizar o acesso à internet no país, inclusive com foco em redes baseadas em fibra ótica. Mais recentemente, está em andamento um programa ainda mais amplo, previsto como uma nova estratégia brasileira para a transformação digital³⁰⁴, a qual, no que se refere à infraestrutura e à universalização do acesso dos

²⁹⁹ Assim constou da Lei Geral de Telecomunicações no que se refere ao FUST: “Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas. [...] § 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar”. BRASIL. *Lei n. 9.472*, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018. art. 80.

³⁰⁰ O denominado Programa Nacional de Banda Larga, introduzido pelo Decreto n.º 7.175, de 12 de maio de 2010, constituiu no projeto de estímulo de acesso à internet com banda larga no Brasil. Nesse sentido: BRASIL. *Decreto n.º 7.175*, de 12 de maio de 2010. Institui o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL; dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão; altera o Anexo II ao Decreto n. 6.188, de 17 de agosto de 2007; altera e acresce dispositivos ao Decreto n. 6.948, de 25 de agosto de 2009; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

³⁰¹ Assim constou do texto legal que instituiu tal Programa em relação aos objetivos buscados: “Art. 1º. Fica instituído o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL com o objetivo de fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação, de modo a: I - massificar o acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga;”. BRASIL. *Decreto n.º 7.175*, de 12 de maio de 2010. Institui o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL; dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão; altera o Anexo II ao Decreto n. 6.188, de 17 de agosto de 2007; altera e acresce dispositivos ao Decreto n. 6.948, de 25 de agosto de 2009; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2017. art. 1º.

³⁰² Assim constou do texto legal que instituiu tal Programa no que se refere à competência da ANATEL: “Art. 4º. Para a consecução dos objetivos previstos no art. 1º, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei no 5.792, de 11 de julho de 1972, caberá à Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS: [...] IV - prestar serviço de conexão à Internet em banda larga para usuários finais, apenas e tão somente em localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços”. BRASIL. *Decreto n.º 7.175*, de 12 de maio de 2010. Institui o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL; dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão; altera o Anexo II ao Decreto n. 6.188, de 17 de agosto de 2007; altera e acresce dispositivos ao Decreto n. 6.948, de 25 de agosto de 2009; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2017. Art. 4º.

³⁰³ Dito Programa Brasil Inteligente foi instituído em 2016, através do Decreto n. 8.776, a saber: BRASIL. *Decreto n.º 8.776*, de 11 de maio de 2016. Institui o Programa Brasil Inteligente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

³⁰⁴ Dentre as previsões desta estratégia brasileira para a transformação digital consta: “Observa-se, portanto, que o Brasil tem um duplo desafio na extensão do acesso às redes de banda larga. De um lado, é necessária a ampliação da infraestrutura de redes de transporte de dados em fibra ótica para o escoamento de tráfego para os backbones nacionais e, de outro lado, é necessário ampliar as redes de acesso fixa e móvel. A resposta a esses

consumidores, até o momento tem seu foco na utilização de fundo setorial previsto em regulação específica e outras receitas disponíveis e na imposição de deveres às prestadoras a partir do marco regulatório existente.

Como é possível observar do acima exposto, na experiência brasileira de disciplina das telecomunicações a regulação setorial e a respectiva autoridade reguladora exerceram papel central e fundamental na abertura e na ordenação dos mercados. Não obstante a legislação antitruste seja, também, plenamente aplicável ao setor e o CADE efetivamente exerça sua competência na defesa da concorrência, fica muito claro que a regulação setorial penetra e intervém fortemente nos mercados de telecomunicações. Ainda que se observe uma diminuição do âmbito de aplicação da regulação setorial no que se refere a aspectos concorrenciais dos mercados de varejo, no atacado a regulação setorial segue muito incisiva, inclusive incidindo de forma assimétrica e *ex ante*, abrangendo aspectos típicos da temática antitruste, como a definição de preços e a ingerência na estrutura dos mercados. Ademais, no que tange à defesa dos consumidores e à universalização do acesso aos serviços, a ANATEL segue atuando com abrangente regulação setorial, visando a conciliar a busca de níveis mais adequados de concorrência e a proteção de outros interesses setoriais reconhecidos como relevantes. Em relação aos aspectos teleológicos, além do claro foco na introdução da concorrência no setor, sempre houve o balanceamento com outras finalidades específicas do setor, incluindo defesa do consumidor e funcionamento de uma efetiva e amplamente acessível rede no setor. Destarte, observa-se clara tendência de manutenção da regulação setorial, cada vez mais focada nos aspectos acima mencionados³⁰⁵.

desafios deve se traduzir no aumento de capacidade das redes de transporte, backhaul e acesso nos centros urbanos (com adoção de redes de fibra ótica), e na maior capilaridade das redes em todo o País, de forma a atender áreas de menor densidade (com várias tecnologias de rede fixa e móvel, em distritos não-sede de municípios, áreas rurais, eixos de rodovias, dentre outros)". BRASIL. Grupo de Trabalho Interministerial. *Estratégia brasileira para a transformação digital*. E-Digital. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 30 jul. 2018. p. 17.

³⁰⁵ Sobre a manutenção da regulação, mesmo após implementadas as reformas iniciais na experiência brasileira, veja-se: "Todavia, esse desaparecimento da regulação concorrencial está longe de ser algo ainda factível, sendo que mesmo nos países que foram pioneiros na reforma setorial (como, por exemplo, a Inglaterra) ainda se verifica significativa regulação específica. O que se observa, na verdade, é uma tendência exatamente contrária ao seu desaparecimento. A regulação necessária para criar um ambiente concorrencial no setor de telecomunicações adquire cada vez maior complexidade, uma vez que a introdução da concorrência aumenta a complexidade dos respectivos mercados e das relações entre seus agentes. Se idealmente a geração de concorrências permitiria eliminar diversos controles estatais sobre os agentes econômicos, a realidade tem demonstrado até agora o inverso. O que se verifica não é o desaparecimento da ação estatal, mas a modificação do seu tipo e da sua finalidade. Adicionalmente, e esse é o ponto que se procurará demonstrar ao final deste texto, a regulação concorrencial específica se mostra também relevante na realização do outro princípio que baseou a reforma setorial (i.e., a universalização dos serviços)". FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das

Devidamente realizada uma análise um pouco mais detalhada da experiência brasileira de disciplina do setor, passa-se, em seguida, à apresentação de outras experiências nacionais de tal disciplina, as quais serão apresentadas de maneira sintética, focando-se nos aspectos especialmente relevantes para este trabalho.

§2º Estados Unidos da América

Como destacado, a experiência dos Estados Unidos da América de disciplina do setor guarda a peculiaridade de não ter passado por uma fase de monopólio público. Com efeito, como decorrência de ter sido permitida a manutenção da estrutura inicial de telégrafo sob domínio e gestão privados, bem como diante do funcionamento em rede do setor e do entendimento de então de que as telecomunicações se tratavam de um monopólio natural, consolidou-se um monopólio privado naquele país (o denominado *Bell System*)³⁰⁶.

Com a edição do paradigmático *Sherman Act*, em 1890, e do posterior *Clayton Act*, de 1914, passou a existir uma legislação própria e sistematizada em matéria antitruste no país, com autoridades competentes para seu processamento, atualmente a *Antitrust Division of the Department of Justice* (DOJ) e a *Federal Trade Commission* (FTC), sem prejuízo da execução privada em esfera judicial³⁰⁷. A legislação antitruste, porém, não vedava a existência, por si só, de monopólio privado em algum setor. Na ausência de vedação ao monopólio e se acreditando que seria mais adequada a sua regulação³⁰⁸, já em 1910 foi editado o *Mann-Elkins Act*, reconhecendo que telégrafo e telefonia eram serviços de telecomunicações, de utilidade pública (*common carriers*), devendo ser prestados sem discriminação e a preços razoáveis,

telecomunicações: entre concorrência e universalização. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 57.

³⁰⁶ Para detalhes da história de desenvolvimento do setor nos Estados Unidos da América, desde a era do telégrafo, e das características do *Bell System*, veja-se: WU, Tim. A Brief History of American Telecommunications Regulation. *Oxford Encyclopedia of Legal History*, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=965860>>. Acesso em: 12 out. 2017. Ainda: KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Law & Business, 2001. p. 381.

³⁰⁷ Para um resumo do funcionamento do sistema de defesa da concorrência nos Estados Unidos da América e uma sistematização das competências das respectivas autoridades, veja-se: SCHAPIRO, Mario Gomes; BACCHI, Fabiana Mesquita. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (orgs.). *Direito Econômico Concorrencial*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49-96.

³⁰⁸ Sobre a crença na existência de monopólio natural à época e sua consequência para a monopolização do setor, veja-se: “Until the late 1960s, few questioned the conventional wisdom that the entire telephone represented an integrated natural monopoly, all aspects of which had to be coordinated and controlled by a single entity. Consistent with this belief, the Bell System maintained strict control over all devices attached to its network. All handsets had to be manufactured by and leased from AT&T’s equipment subsidiary, Western Electric”. YOO, Christopher S. An unsung success story: A forty-year retrospective on U.S. communications policy. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 892.

estando sob a jurisdição e a fiscalização de uma agência federal, à época o *Interstate Commerce Commission* (ICC)³⁰⁹. Com a posterior edição do *Communications Act* de 1934, foi estabelecida a *Federal Communications Commission* (FCC), que passou a ser a autoridade competente pela regulação do setor³¹⁰.

Apesar de não haver óbice legal à existência de monopólio no setor, tal legislação vedava a adoção de práticas anticompetitivas nos mercados. Muito mais em decorrência de ações judiciais privadas e da atuação do DOJ, do que, propriamente, da atuação da FCC³¹¹, começou a ser introduzida a concorrência no setor, ao se obstaculizar práticas discriminatórias que eram adotadas pela empresa AT&T Inc.³¹² e se permitir a interconexão e a concorrência entre sistemas e equipamentos³¹³. A sucessão de atos culminou, então, com a decisão final de quebrar o monopólio na telefonia dos Estados Unidos da América, sendo desmantelado o *Bell System*³¹⁴.

³⁰⁹ Detalhando as consequências desta classificação do serviço como de utilidade pública, veja-se: “Being a common carrier meant that telephone and telegraph companies had to offer their services without discrimination to all willing customers who were able to pay, and that they had to charge reasonable rates set by the ICC. In return, the telegraph and telephone companies received certain benefits, such as immunity from liability for the content they carried. The ‘common carriage’ concept, originally a product of English common law remains the basis for the regulation of telephone carriers today”. WU, Tim. *A Brief History of American Telecommunications Regulation*. *Oxford Encyclopedia of Legal History*, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=965860>>. Acesso em: 12 out. 2017. p. 02.

³¹⁰ Para uma compreensão deste período inicial da disciplina do setor nos Estados Unidos da América, veja-se: YOO, Christopher S. *An unsung success story: A forty-year retrospective on U.S. communications policy*. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 891-903.

³¹¹ Sobre atuação da FCC neste período ainda monopolístico do setor na experiência norte americana, veja-se: “Unsurprisingly, insistent claims of predation were heard from AT&T’s competitors throughout the 1970s and echoed in the Justice Department’s antitrust case. The Commission rejected major AT&T tariffs on the ground that the particular cost assignments were not adequately justified, but refused to provide any real guidance as to what they should be. The FCC’s conduct over this period is not easy to interpret, but I suspect there was more to it than was officially reported. After the Execunet remand, the Commission became committed to a policy of open competition, apparently envisioning that after a ‘decent interval’ all would be left to compete with little or no regulatory constraint. Yet well into the 1980s the Commission also feared that without a helping regulatory hand the infant competition could not survive open competition with AT&T”. KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Law & Business, 2001. p. 388.

³¹² Sobre tentativas da AT&T Inc. de vedar o acesso à rede pelos competidores nas telecomunicações dos Estados Unidos da América, veja-se: “AT&T’s resistance to providing access to its FX and CCSA services was to be a key element in the Justice Department’s antitrust case against AT&T, as well as in private antitrust actions”. KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Law & Business, 2001. p. 386.

³¹³ Sobre a história do rompimento do monopólio privado na realidade das telecomunicações nos Estados Unidos da América, veja-se: “The story does not begin with the break-up of AT&T. In fact, the antitrust decree that accomplished that impressive feat was almost anticlimactic. Most of the events that would transform the shape of the industry from one dominated by a monolithic company to a fiercely competitive environment were well under way before Judge Greene approved the MFJ [Modified Final Judgment] in 1982. [...] For all practical purposes modern times began with the FCC’s 1968 Carterfone decision, though the true historian will note that it was anticipated by the District of Columbia Court of Appeals over a decade earlier”. KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Law & Business, 2001. p. 384.

³¹⁴ Para um detalhamento do processo de quebra do *Bell System*, veja-se, por todos: KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Law & Business, 2001. p. 395.

A partir da crescente necessidade de disciplina do setor nesta nova realidade de mercados não mais monopolizados e da busca de efetiva implantação de concorrência no setor, em 1996 foi editado o *Telecommunications Act of 1996*³¹⁵. Em que pese ter como um dos seus declarados objetivos o de reduzir a regulação no setor, conjuntamente com a melhoria dos serviços aos consumidores, observa-se que o novel diploma introduziu extensa regulação, inclusive de natureza *ex ante*³¹⁶. Temáticas como definição de custo de interconexão, vedação à imposição de condições discriminatórias para acesso às redes, portabilidade numérica e acesso a recursos escassos foram expressamente reguladas na aludida lei. Adicionalmente, para as empresas existentes à época da publicação da lei e que assumiram recursos das antigas monopolistas (*incumbent local exchange carriers*), ainda foi prevista regulação assimétrica, impondo a obrigação de ceder acesso desagregado (*unbundled*) aos concorrentes a preço razoável, baseado no custo incremental da empresa³¹⁷. A temática da universalização do acesso a serviços básicos no setor também recebeu especial atenção no diploma, com a constituição de fundo para o seu enfrentamento e a atribuição de competência à FCC para a implementação³¹⁸.

³¹⁵ A saber: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Telecommunications Act of 1996*. An act to promote competition and reduce regulation in order to secure lower prices and higher quality services for American telecommunications consumers and encourage the rapid deployment of new telecommunications technologies. Disponível em: <<http://www.fcc.gov>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

³¹⁶ Para um histórico completo e o detalhamento do *Telecommunications Act* de 1996, veja-se: HAUSMAN, Jerry; SIDAK, J. Gregory. A consumer-welfare approach to the mandatory unbundling of telecommunications network. *The Yale Law Journal*, v. 109, 24 nov. 1999. p. 417-505. Também investigando situações antes, durante e após a edição da legislação, veja-se: ECONOMIDES, Nicholas. Telecommunications regulation: an introduction. *NET Institute Working Paper*, n. 04-10, ago. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=465020>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

³¹⁷ Para uma visão específica de cada um dos pontos regulatórios previstos no *Telecommunications Act* de 1996, veja-se, em especial: GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 520.

³¹⁸ Sobre a evolução da regulação focada na universalização dos serviços nas telecomunicações dos Estados Unidos da América, veja-se: “On May 8, 1997, the FCC issued a landmark decision regarding universal service – the availability and affordability of telecommunications service for all Americans. As directed by the Act, a special Universal Service Joint Board comprised of federal and state regulators and a consumer advocate developed specific recommendations for the FCC with respect to the definition of services that are supported by a federal universal service funding mechanism. Relying heavily on the Joint Board’s November 8, 1996, Recommended Decision, the FCC released a Report and Order that undertakes to modernize universal service policy in an increasingly competitive marketplace and to fundamentally expand its applicability. The Commission specifically defined services for households that will be supported by the fund. These include: 1. Access to a telephone network with the ability to place and receive calls. 2. Access to touch-tone capability. 3. Single-party service. 4. Access to emergency systems including, where available, 911 and Enhanced 911. 5. Access to operator services. 6. Access to interexchange services. 7. Access to directory assistance. 8. (For those low-income users who qualify) limited long-distance calling”. KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Law & Business, 2001. p. 473.

Também em casos de atos de concentração podem ser adotadas medidas *ex ante*, sendo que, no setor de telecomunicações dos Estados Unidos da América, os atos necessitam contar com a aprovação tanto da FCC quanto do DOJ³¹⁹. Ou seja, igualmente neste tocante a FCC detém competência e atua em seara típica do antitruste. Naturalmente, as autoridades e órgãos de antitruste (em especial DOJ e FTC, como destacado) detêm competência para processamento em caso de práticas no setor que impliquem violação ao direito da concorrência, podendo propor ações cíveis e criminais, conforme o caso³²⁰. Na prática, a participação do poder judiciário é ainda mais elevada neste tocante, uma vez que muitos dos casos de antitruste do setor de telecomunicações da experiência dos Estados Unidos da América acabam sendo resolvidos por acordos (*consent decree*), os quais podem envolver não só questões e penalidades financeiras, mas, também, aspectos regulatórios e de estrutura do mercado, chegando a caracterizar uma ‘regulação assimétrica de fato’ no mercado³²¹. Aliás, esta situação peculiar envolvendo casos judiciais de antitruste em contraste com medidas regulatórias do setor proporcionou entendimentos que acabaram pautando a disciplina do setor naquele país.

Assim, em especial os casos *Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission*, de 2002, *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, de 2004, e *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, de 2009, todos decididos em última instância pela Suprema Corte do país, são apontados³²² como

³¹⁹ Para um detalhamento acerca da competência da FCC e do DOJ na questão, bem como sobre as diferenças na forma de posicionamento dos dois órgãos, veja-se: RYLAND, Sherman. *How Compatible are the DOJ and FCC's Approaches to Identifying Harms to Telecommunications Innovation?* 07 set. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2944372>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

³²⁰ Tratando-se de sistema de *common law*, a participação do poder judiciário é bastante significativa, impondo os remédios e as penalidades julgados adequados em caso de constatada violação às normas antitruste. Para maiores detalhes destas características do sistema antitruste dos Estados Unidos da América, veja-se: GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 525.

³²¹ Analisando as consequências da celebração de acordos nestes casos envolvendo antitruste e regulação nos Estados Unidos da América, veja-se: “The frontier between *ex ante* and *ex post* remedies is, however, thin as antitrust cases are often settled pursuant to a consent decree. In other words, issue-specific litigation leads to a negotiated, prospective regime of company-specific regulation. If a single firm is the object of the antitrust case, and if it is prominent enough in its industry (we will avoid using the loaded term ‘dominant’), then the consent decree becomes the de facto asymmetric regulation of the entire industry”. GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 524.

³²² Para um detalhamento acerca dos referidos casos, bem como para uma análise das consequências que destes podem ser extraídas, veja-se: WU, Tim. A Brief History of American Telecommunications Regulation. *Oxford Encyclopedia of Legal History*, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=965860>>. Acesso em: 12 out. 2017. Com enfoque ainda mais centrado no caso *Trinko* acima citado, veja-se: GERADIN, Damien. Limiting the scope of article 82 of the EC Treaty: what can the EU learn from de U.S. Supreme Court’s Judgment in *Trinko* in

balizadores do modelo de disciplina das telecomunicações nos Estados Unidos da América. Com efeito, através de tais julgados, por um lado saíram fortalecidas a FCC e as medidas por esta adotadas com base no *Telecommunications Act* de 1996, e, por outro lado, acabou sendo um pouco esvaziada a aplicação do antitruste às condutas praticadas no setor, especialmente em hipóteses em que a regulação setorial já disciplina de alguma forma a conduta ou o mercado em questão. Em outras oportunidades, porém, a aplicação do antitruste pelo poder judiciário acabou determinando a revisão de atos e diplomas editados pela FCC³²³. Tratou-se, portanto, de uma evolução também casuística, a partir dos processos judiciais que surgiram, e não necessariamente de um avanço sistematizado para todo o setor³²⁴.

Esta forma de disciplina do setor, com uma abordagem não sistemática, ainda que pautada em incisiva regulação setorial, acabou sendo objeto de críticas, justamente pela apontada falta de clareza nas finalidades buscadas e nas competências das autoridades e órgãos envolvidos (regulatório e antitruste), inclusive com inversão de papéis do que, usualmente, esperar-se-ia dos mesmos³²⁵. Não obstante as críticas, este modelo, baseado largamente na regulação setorial, com aplicação do antitruste em conformidade com os precedentes como os anteriormente citados, continuou a pautar a disciplina das telecomunicações nos Estados Unidos da América.

the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom? *Common Market Law Review*, dez. 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=617263>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

³²³ Apontando casos em que a aplicação do antitruste resultou em benefícios, com a revisão de atos da FCC, veja-se: “The other striking feature is the key role that the courts have played in promoting competition and consumer welfare. In many cases, timely judicial intervention has forced regulators to retreat from positions that protected incumbents and limited competition. Left to their own devices, agencies often exhibit too great a willingness to protect the existing regulatory regime”. YOO, Christopher S. An unsung success story: A forty-year retrospective on U.S. communications policy. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 900.

³²⁴ Sobre a natureza não sistemática do avanço da disciplina das telecomunicações nos Estados Unidos da América, em decorrência, inclusive, do sistema antitruste, que depende da solução judicial de casos concretos, veja-se: GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 531.

³²⁵ Para uma crítica aos papéis desempenhados pelas autoridades e pelos órgãos de regulação setorial e de defesa da concorrência, veja-se: “Finally, the tension between antitrust and sector-specific regulation is also collapsing at the institutional level where, on the one hand, the Antitrust Division of the Department of Justice is taking care of issues that should normally be taken care of by a regulatory agency and, on the other, the FCC is ruling on issues that should typically be dealt with by antitrust authorities only. The first issue can be illustrated by the DoJ’s involvement in the Section 271 process described above. Setting aside the wisdom or folly of the remedy, it seems odd that the Antitrust Division participates in this process. [...] The Antitrust Division is not a legislative body that exercises the power of adopting rules regulating pricing, entry, and other terms and condition of competition in network industries. The second issue can be illustrated by the intervention of the FCC in merger proceedings (Géradin and Kerf, 2003). The Antitrust Division is the most experienced authority when it comes to analyzing whether a merger risks substantially lessening competition”. GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 529.

Um exemplo mais recente e bem característico das consequências da aplicação deste modelo é o que envolve o tratamento legal da neutralidade de rede³²⁶ no país. Entre 2002 e 2018, a FCC editou sucessivos atos, ora classificando o acesso à internet como um serviço de informação, ora como um serviço de telecomunicações, com as consequências legais que daí decorram, em especial no que se refere a obrigações de transparência e proibições de bloqueios e discriminações. Sucessivamente, também, tais atos foram reformados judicialmente, até que, quando da edição da *2015 Open Internet Order* pela FCC, novamente classificando o serviço de maneira a impor a neutralidade de rede no setor, o ato foi mantido pelo Tribunal de Recursos do Distrito de Colúmbia (*D.C. Circuit*). Contudo, com a troca do governo a partir da eleição presidencial, em 2017 a FCC, já com uma nova composição, indicou que a classificação do acesso à internet novamente voltará a ser como de serviço de informação, mais uma vez alterando alguns aspectos relacionados à obrigação de observância da neutralidade de rede, inclusive para fins de a abolir em determinadas hipóteses³²⁷.

Destarte, ainda que através de caminhos diferentes daqueles observados pela realidade da disciplina do setor no Brasil, observa-se que, também nos Estados Unidos da América, é muito sentida ainda a presença da regulação setorial, inclusive em aspectos tipicamente concorrenciais. Igualmente, é muito clara a preocupação com a defesa dos interesses dos consumidores no setor e com a universalização do acesso aos serviços, em que pese não haja uma orientação teleológica claramente estabelecida nas normativas aplicáveis. Em decorrência da falta de definição clara dos objetivos buscados no setor e da ausência de clareza neste diálogo entre regulação setorial e antitruste, porém, a aplicação de ambos acaba sendo objeto de críticas na experiência de disciplina do setor naquele país, como destacado.

§3º República Popular da China

A disciplina das telecomunicações na China é, naturalmente, pautada pelas características e peculiaridades da própria configuração de Estado do país e do papel

³²⁶ A temática da neutralidade de rede será devidamente analisada em maior profundidade na parte II desta tese, razão pela qual ora não se adentra em digressões sobre os seus significado e conteúdo, remetendo-se, neste tocante, na totalidade, às razões lá apresentadas.

³²⁷ Para um detalhamento de todo este processo implementado entre 2002 e 2017 no que se refere à neutralidade de rede e ao tratamento legal concedido ao acesso à internet nos Estados Unidos da América, analisando, inclusive, os atos editados e as decisões judiciais proferidas, veja-se, em especial: YOO, Christopher S. An unsung success story: A forty-year retrospective on U.S. communications policy. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 891-903.

centralizador que este, historicamente, exerceu na economia³²⁸. Igualmente, a disciplina do setor é considerada naturalmente complexa, especialmente para aqueles que não estão habituados às peculiaridades do país, como, por exemplo, a existência de diversos órgãos com ingerência regulatória e a possibilidade de diferentes empresas com participação e controle estatais, com personalidade jurídica própria, atuarem com nível de concorrência em um mesmo mercado³²⁹. No entanto, tais peculiaridades e dificuldades não impedem a análise sintética ora preconizada.

Com efeito, desde o estabelecimento de uma “economia de mercado socialista”, em 1993, passando pela adesão da China à Organização Mundial do Comércio (OMC), em 2001, e, mais recentemente, em agosto de 2008, pela entrada em vigor da Lei Antimonopólio³³⁰, disciplinando a matéria antitruste no país, foram muitas as transformações estruturais pelas quais passou a China³³¹, impactando, significativamente, todos os setores da sociedade. Especificamente no setor de telecomunicações, porém, por ser tido como essencial e estratégico, a evolução da disciplina legal foi ainda mais peculiar e própria.

A partir de uma fase inicial de monopolização pública total do setor, com o Estado assumindo diretamente sua regulação e prestação, em 1993 teve início o processo de sucessivas reformas em tal disciplina, sendo primeiramente possibilitada a atuação de empresas apenas em serviços de valor adicionado. As redes seguiam sob domínio público e a prestação dos serviços de telecomunicações era permitida apenas a duas empresas (sendo a

³²⁸ Nesse sentido, para uma análise do histórico de disciplina das telecomunicações na China, apreciando-se, em conjunto, as transformações do papel do Estado no país, veja-se: LIU, Chun. An evaluation of China's evolving broadband policy: An ecosystem's perspective. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 1, 2017. p. 01-11.

³²⁹ Sobre a complexidade da disciplina do setor na China, veja-se: “Most analysts view policymaking in China as rather complex and fragmented. Important players besides MII are the State Council (SC) and the State Planning and Development Commission (SPDC) – since 2003, the State Development and Reform Commission (SDRC). Regulatory policies must gain support from the SDRC and approval from the SC. Moreover, many interest groups with great bargaining power also exert significant influence on telecommunication regulation and policy. Those with the most access to the state decision-making process gain from the non-transparent favor-granting process”. YU, Liangchun; BERG, Sanford; GUO, Qing. Market performance of Chinese telecommunications: new regulatory policies. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 28, n. 9-10, 2004. p. 715-732

³³⁰ Para uma análise específica e crítica da legislação antitruste chinesa, veja-se: DAN, Wei. A lei antimonopólio da China e o seu regime de controle de concentração. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan-jun. 2012. p. 237-266. Adicionalmente: TORRES, Rafael Nery. *Direito concorrencial na República Popular da China: abuso de posição dominante das empresas estatais chinesas no cenário internacional*. 2016. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2016.

³³¹ Para uma análise das transformações da China, no que se refere ao papel do Estado na economia, inclusive abrangendo a legislação antitruste, veja-se: HUO, Zhengxin. A Tiger without Teeth: The Antitrust Law of The People's Republic of China. *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, v. 10, n. 1, 2011. Disponível em: <<https://www.hawaii.edu/aplpj>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 32-61.

China Telecom a principal, dotando da estrutura até então existente)³³², ambas de domínio e controle público³³³. Em 1998, ao mesmo tempo em que começaram a ser concentradas as atividades de regulação do setor em menos autoridades, promoveu-se uma cisão da China Telecom em quatro novas empresas, especializadas por modalidade de serviço³³⁴, todas permanecendo sob domínio público, mas com orientação para a obtenção de lucro. Nos anos seguintes, além de ter sido editado o *Telecommunications Regulations*, criando um quadro de regulação básico no setor, houve outra divisão da China Telecom em duas novas empresas, desta vez com base em critério territorial. Os mercados, porém, seguiam basicamente controlados pelas empresas públicas diretamente originárias do monopólio inicial³³⁵.

No ano de 2008, foi criada nova autoridade, o *Ministry of Industry and Information Technology* (MIIT), mantida sobre controle e supervisão diretos do poder público, consolidando e centralizando a competência para a edição e o acompanhamento da regulação setorial. Como declarada medida de fortalecimento do setor, as diferentes empresas atuantes nos serviços de telecomunicações foram consolidadas em três grandes operadoras nacionais públicas, atuando em regime de competição internamente no país³³⁶.

Apenas no ano de 2011 é que o MIIT iniciou testes para prestação de serviços de telecomunicações por empresas privadas. Assim, foram selecionadas onze empresas privadas para oferta de serviços de telecomunicações, exclusivamente sob a forma de *Mobile Virtual*

³³² Detalhando a forma de atuação das empresas nesta etapa de duopólio na China, veja-se: XIA, Jun. China's telecommunications evolution, institutions, and policy issues on the eve of 5G: A two-decade retrospect and prospect. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 931-947.

³³³ Para um entendimento desta forma de concorrência interna entre empresas de controle público, veja-se: LIU, Chun. An evaluation of China's evolving broadband policy: An ecosystem's perspective. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 1, 2017. p. 01-11.

³³⁴ Sobre esta divisão da antiga monopolista em quatro novas empresas especializadas, por tipo de serviço de telecomunicação, veja-se: "In the 1998 government reform, the former MPT and MEI were merged into the new Ministry of Information Industry (MII), which was followed soon after by the breakup of the DGT in 1999 into four service-specific companies (i.e., fixed-line, mobile, satellite, and paging), along with the entry of China Netcom (in fiber network construction), China Railcom (in providing fixed-line telephone services alongside the national railway system), and Jitong (in the construction of the Chinese version of the information superhighway) in the same year". XIA, Jun. China's telecommunications evolution, institutions, and policy issues on the eve of 5G: A two-decade retrospect and prospect. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 934

³³⁵ Para detalhes sobre este período do setor, veja-se; XIA, Jun. China's telecommunications evolution, institutions, and policy issues on the eve of 5G: A two-decade retrospect and prospect. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 935.

³³⁶ Para compreensão desta etapa posterior à criação do MIIT, novamente, veja-se: XIA, Jun. China's telecommunications evolution, institutions, and policy issues on the eve of 5G: A two-decade retrospect and prospect. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 937.

Network Operator (MVNO)³³⁷, ou seja, sem possibilitar o controle privado de elementos da infraestrutura do setor, o que permanece até os presentes dias.

Especificamente em relação ao acesso à internet, as operadoras públicas e detentoras das redes são as únicas que podem oferecer os serviços à população. Trata-se, portanto, de serviço prestado e controlado pelo poder público. Não obstante, o MIIT e os demais órgãos chineses vêm reiterando a relevância atribuída ao acesso à internet com banda larga, de maneira que, desde 2001, o termo ‘banda larga’ já integra os planos de cinco anos típicos do Estado chinês³³⁸. Ainda em 2013 foi lançado um plano especial para universalizar o acesso à banda larga no país³³⁹ e mais recentemente a banda larga passou a ser classificada como serviço de utilidade pública.

Destarte, em que pesem as transformações recentes na China acerca do papel do Estado na economia, especificamente, o setor de telecomunicações ainda permanece, basicamente, controlado e dominado pelo poder público. Há uma autoridade pública reguladora específica para o setor, o MIIT, que tem atuado em questões como taxas de interconexão, utilização do espectro, padronizações, preço de acesso e universalização³⁴⁰, ou seja, com amplas margens de competência e de intervenção, de forma assimétrica e *ex ante*. A princípio, as operadoras existentes atuam em regime de competição nos mercados. Contudo, à

³³⁷ Para um conceito de MVNO, veja-se: “Mobile virtual network operators (MVNOs) have existed for two decades. They offer mobile services to customers by reselling wholesale capacity purchased from Mobile network operators (MNOs) owning infrastructure. Driven by commercial interests and regulatory incentives, MVNOs are agile in targeting underserved market niches and optimizing network coverage against subscriber growth”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017. p. 26.

³³⁸ Sobre a relevância atribuída à banda larga na China, veja-se: “Nevertheless, it became widely recognized that information technology had a significant potential impact on other economic sectors in the early 2000s and, thus, promoting the informatization of China's economy was agreed upon as one of the most attractive and feasible future strategies (Tan, 1999). In 2001, the term ‘broadband’ was officially written into Tenth Five-Year Plan (2001– 2005) of China and the Key and Specialized Planning of Tenth Five-Year Informatization Plan was promulgated”. LIU, Chun. An evaluation of China's evolving broadband policy: An ecosystem's perspective. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 1, 2017. p. 08.

³³⁹ Sobre o plano especial envolvendo a banda larga na China, veja-se: “On August 1, 2013, the State Council officially announced the Broadband China Plan (hereinafter referred to as the Plan), in which quantified goals, a technology roadmap, development timetable, key tasks and specific projects were set, aiming to build a ubiquitous, fast and advanced national broadband network before 2020 (State Council, 2013a)”. LIU, Chun. An evaluation of China's evolving broadband policy: An ecosystem's perspective. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 1, 2017. p. 10.

³⁴⁰ Sobre a regulação em matéria de serviço universal na China, veja-se: “China's universal service policy is mainly embodied in its various rural informatization programs. As a nationwide initiative, these programs are meant to ‘informatize’ rural communities and members by: (i) improving rural access to ICT infrastructures and (ii) providing applications of so-called comprehensive information services. [...] Consequently, except for the relative success in the access level of pursuits, difficulties have remained in the applications related projects which demand more institutional innovations. This naturally brings up the sustainability issue”. XIA, Jun. China's telecommunications evolution, institutions, and policy issues on the eve of 5G: A two-decade retrospect and prospect. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 935

exceção das empresas privadas que atuam sob a forma MVNO – as quais não vêm conseguindo ter resultados expressivos³⁴¹ –, as operadoras que detêm as redes e prestam os serviços seguem sendo controladas pelo Estado. Não obstante a legislação antitruste em vigor desde 2008 seja aplicável ao setor, na prática não produz efeitos em relação às operadoras, tanto que a única investigação antitruste de relevo envolvendo operadoras foi concluída sem consequências concretas³⁴². Trata-se, portanto, de peculiar experiência de disciplina das telecomunicações em que a regulação setorial possui papel ainda mais fulcral, até mesmo pela participação direta e pelo controle exercido pelo poder público nas operadoras e na gestão das infraestruturas básicas do setor. O aspecto teleológico da disciplina no país é mais presente e estruturado, especialmente pela adoção dos planos de cinco anos típicos do Estado chinês, sendo que o funcionamento da rede entre os diferentes prestadores e a universalização do acesso à internet com banda larga são aspectos finalístico muito presentes nas mais recentes inovações da disciplina no país.

§4º Reino Unido

A disciplina das telecomunicações no Reino Unido sofreu influência direta e indireta das determinações setoriais oriundas da União Europeia³⁴³. Não obstante, o Reino Unido iniciou as reformas nas suas telecomunicações – e na respectiva disciplina legal – muito antes

³⁴¹ Sobre os resultados pouco expressivos das MVNOs que atuam na China, veja-se: The introduction of private MVNOs is no doubt a milestone event in the Chinese telecom sector. Nonetheless, presently China's private MVNOs are encountering difficulties. Overall, the MVNOs are finding it difficult to negotiate terms with the dominant MNOs on a fair and executable basis. MVNOs are therefore marginalized in the retail market by the MNOs who are unwilling to provide effective and inexpensive interconnections and timing numbering resources, a preemptive market conduct that has effectively debarred the former from operating effectively in the mobile resale market". XIA, Jun. China's telecommunications evolution, institutions, and policy issues on the eve of 5G: A two-decade retrospect and prospect. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 939.

³⁴² Com considerações sobre o caso antitruste em questão, envolvendo operadora de serviços de telecomunicações, veja-se: "The first anti-monopoly investigation took place in 2011 when China Unicom and China Telecom were accused in a charge of price discrimination against the dedicated Internet networks leased to rival operators and IAPs such as China Railcom (a division of China Mobile). [...] Since the wholesale prices were much less competitive than the incumbent operators' internal transfer prices to their IAP business divisions downstream, hence creating a disadvantageous position in the retail market for the renter vis- a-vis the incumbents' own IAP divisions. After a number of media vocalizations, no further charges were pursued by the SDRC, after two charged carriers issued a statement indicating the intention to redress possible misdemeanors. China's first antitrust case was concluded in this anticlimactic way, without further words from the enforcer". XIA, Jun. China's telecommunications evolution, institutions, and policy issues on the eve of 5G: A two-decade retrospect and prospect. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 941.

³⁴³ A influência direta da União Europeia permanecerá pelo menos até que seja efetivamente implementada a saída do Reino Unido do bloco, conforme já aprovado em referendo popular.

de qualquer determinação ou ingerência da União Europeia, tratando-se, portanto, de experiência já de longa data, com pertinência para o estudo aqui proposto³⁴⁴.

Tal qual na maioria dos países, o setor de telecomunicações no Reino Unido era monopolizado pelo poder público, através da *British Telecom*, única operadora que atuava nos mercados. Após a privatização da empresa³⁴⁵, foi editado o *Telecommunications Act 1984*, instituindo uma fase de duopólio no setor. Neste momento, também foi criada a autoridade reguladora, responsável pela regulação setorial, mas que também detinha competência para atuação com fundamento na legislação antitruste, quando era envolvida alguma empresa do setor³⁴⁶.

A regulação setorial era preponderantemente incorporada e prevista nas próprias licenças concedidas às operadoras³⁴⁷, abrangendo a intervenção em preços e tarifas (então na sistemática *price cap*³⁴⁸), a divulgação de informações mínimas, a vedação a subsídios cruzados, e, com bastante destaque, as condições e a forma de cálculo de preço para fins de

³⁴⁴ A disciplina jurídica do setor promovida em nível regional pela União Europeia será objeto de estudo mais aprofundado no capítulo que segue, de maneira que, neste momento, o enfoque será exclusivamente no aspecto nacional da disciplina das telecomunicações do Reino Unido, não abrangendo as iniciativas e medidas do bloco, portanto.

³⁴⁵ Para uma visão sobre este processo de privatização da *British Telecom*, veja-se: “BT was the first major British industry to be privatized. This marked the end of a long process whereby the organization gradually moved away from direct government control. It also marked the beginning of a transformation in customer service and business orientation for the company and the general transformation of the U.K. telecommunications market. In 1984, at the time of privatization, BT, or British Telecom as it was then known, operated almost entirely in the United Kingdom, where it enjoyed a virtual monopoly”. BROOKS, Marcus. BT’s Experience of privatization. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 74.

³⁴⁶ Para um detalhamento sobre esta fase de duopólio no Reino Unido e sobre os poderes atribuídos à autoridade reguladora à época, veja-se: PERRUCCI, Antonio; CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 21, n. 6, 1997. p. 509.

³⁴⁷ Sobre esta peculiaridade da regulação no Reino Unido constar na própria licença concedida, veja-se: “BT was issued a license in 1984 to run for twenty-five years with a requirement for ten years notice of revocation. Attached to the license are sixty-three conditions, which principally serve to place obligations on and control BT’s exercise of market power. The number of conditions has expanded over the years, as the license has become longer and more complex as it has been amended”. BROOKS, Marcus. BT’s Experience of privatization”. BROOKS, Marcus. BT’s Experience of privatization. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 75.

³⁴⁸ Sobre regulação por meio de *price cap*, veja-se: “Price cap regulation has become a popular form of regulation in many markets. For instance, most state governments in the United States employ some form of price cap regulation to govern the intrastate activities of their telecommunications suppliers. Price cap regulation typically specifies a rate at which the prices that regulated firm charges for its services must decline, on average, after adjusting for inflation. The required rate of price decline is divorced from the firm’s realized production costs and earnings, at least in theory. By severing the link between authorized price and realized costs – a link that is a defining feature of rate-of-return regulation – price cap regulation can provide the regulated firm with stronger incentives to reduce production costs and improve its operating efficiency than does rate-of-return regulation”. BERNSTEIN, Jeffrey; SAPPINGTON, David E. M. Setting the x factor in price cap regulation plans. *NBER Working Paper*, National Bureau of Economic Research, n. 6622, jun. 1998. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=160969>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 2.

interconexão. Aliás, considerando que a *British Telecom* detinha toda a principal estrutura de rede oriunda da antiga monopolista, a regulação e as questões envolvendo a interconexão desde o início das reformas no setor já eram uma preocupação constante e um item de discórdias³⁴⁹.

A estrutura de duopólio no setor persistiu até 1991, quando gradativamente o Reino Unido possibilitou a abertura plena da concorrência no setor. Em 2003 foi editado o *Communications Act 2003*³⁵⁰, em substituição ao *Telecommunications Act 1984*. O novo diploma atualizou a legislação, já contemplando a convergência com mídias e reconfigurando a autoridade setorial, que passou a se chamar *Office of Communications (OFCOM)*³⁵¹. A sistemática de disciplina, porém, persistiu a mesma, com ampla regulação setorial introduzida pela nova lei³⁵², complementada por uma autoridade específica, como realizado em relação ao acesso à internet³⁵³. Sem prejuízo, ainda, da aplicação da legislação antitruste em caso de

³⁴⁹ Sobre as discussões envolvendo a regulação da interconexão desde a origem das reformas no Reino Unido, veja-se: “Unsurprisingly, interconnection has become an increasingly important consideration as the number of competitors has increased since 1984. It was with this in mind that Oftel brought forward proposals on interconnection and accounting separation in 1993, leading to the amendment of BT’s license in 1995. These amendments were designed to produce standard charges for standard interconnection services, to reinforce the principle of no undue discrimination by BT among operators or between BT’s retail operations and other operators with respect to both price and quality of service, and to produce published, audited accounting separation statements for a set of regulatory businesses (access, apparatus supply, network, retail systems, supplemental services, and residual)”. BROOKS, Marcus. *BT’s Experience of privatization*. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 75.

³⁵⁰ Para o inteiro teor de tal *Communications Act 2003*, veja-se: REINO UNIDO. *Communications Act 2003*. An Act to confer functions on the Office of Communications; to make provision about the regulation of the provision of electronic communications networks and services and of the use of the electro-magnetic spectrum; to make provision about the regulation of broadcasting and of the provision of television and radio services; to make provision about mergers involving newspaper and other media enterprises and, in that connection, to amend the Enterprise Act 2002; and for connected purposes. 17 jul. 2003. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/pdfs/ukpga_20030021_en.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

³⁵¹ Sobre a criação da OFCOM, veja-se: KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: What works best?* fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 2.

³⁵² Para uma ideia da abrangência da regulação introduzida pelo *Communications Act 2003*, observa-se que esta lei tinha mais de 600 páginas de disciplina dos mercados e de anexos pertinentes. Nesse sentido: REINO UNIDO. *Communications Act 2003*. An Act to confer functions on the Office of Communications; to make provision about the regulation of the provision of electronic communications networks and services and of the use of the electro-magnetic spectrum; to make provision about the regulation of broadcasting and of the provision of television and radio services; to make provision about mergers involving newspaper and other media enterprises and, in that connection, to amend the Enterprise Act 2002; and for connected purposes. 17 jul. 2003. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/pdfs/ukpga_20030021_en.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

³⁵³ Sobre a regulação na temática de acesso à internet no Reino Unido, veja-se: “From 2000 onwards, there was a flurry of activity associated with ‘dial-up’ or narrowband internet service, which was facilitated by a regulatory development introduced by Oftel known as FRIACO (flat rate internet access call origination) - a product which allowed retailers to offer a service based on their purchase from BT of capacity - rather than a wholesale product denominated in traffic”. CAVE, Martin. 40 years on: an account of innovation in the regulation of UK telecommunications, in 31/2 chapters. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 14, n. 1, 2017. p. 908.

práticas entendidas como anticompetitivas³⁵⁴. Quando da edição deste diploma, em 2003, foram previstas como finalidades principais da então novel disciplina promover os interesses dos cidadãos em relação ao setor e promover o interesse dos consumidores nos serviços com o desenvolvimento da concorrência. Indiretamente, também foram apontados como objetivos secundários o encorajamento ao investimento e à inovação no setor, a disponibilidade de internet de banda larga em todas as regiões, a criação e a manutenção da possibilidade de escolha das operadoras pelos consumidores e a universalização do acesso ao setor para todos cidadãos, independentemente de localização e situação.

Mesmo diante de tais possibilidades e previsões, a *British Telecom* seguiu com grande participação no mercado, sendo que as antigas questões envolvendo interconexão seguiram gerando questionamentos, ao ponto de ser forçada pela OFCOM a separação operacional da infraestrutura que conecta os usuários do restante da empresa. Assim, em 2006 foi criada a *Openreach*, como uma divisão da *British Telecom*, a fim de administrar a conexão entre a rede e os usuários de maneira acessível e não discriminatória aos demais concorrentes. A medida, porém, não foi suficiente para solucionar a questão e encerrar os questionamentos. Assim, na revisão da disciplina do setor promovida pela OFCOM em 2016, além de regulação específica em matéria de acesso à rede de fibra ótica, foi determinado que a *Openreach* e a *British Telecom* implementassem, de vez, medidas que tornassem a interconexão adequada e em condições não discriminatórias³⁵⁵. Como mais uma vez tal acabou não sendo realizado, em 2017 a OFCOM e a *British Telecom* chegaram a um consenso para que seja realizada a separação estrutural completa da *Openreach*, passando esta a atuar como uma empresa

³⁵⁴ Para um exemplo de aplicação do antitruste no setor no Reino Unido, veja-se: “In the early days of mobile most calls to mobile operators originated from fixed networks, and were supplied by the (former) fixed monopolist. Above cost mobile termination rates were therefore borne by customers of fixed operators. Oftel initially was inclined to regard such payments as a way of promoting investment by mobile networks. [...] After extensive preliminary skirmishing, in March 1998 Oftel made a reference to the UK Monopolies and Merger Commission or MMC (which scrutinised disputed price controls in regulated industries) asking it investigate the termination charges imposed on BT’s customers by Cellnet and Vodafone, still the two largest mobile operators. [...] The resulting UK report (MMC, 1999) accepted Oftel’s argument and both immediately cut the two operators’ rates to 11.7 pence per minute in 1999/2000 and imposed further cuts in real prices by 9% in each of the following years”. CAVE, Martin. 40 years on: an account of innovation in the regulation of UK telecommunications, in 31/2 chapters. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 14, n. 1, 2017. p. 909.

³⁵⁵ Sobre os problemas de interconexão e sobre a posterior separação operacional entre *Openreach* e *British Telecom*, veja-se: “The issues of discrimination and quality of service were not finally put to bed, however, by the formation of Openreach. Instead it featured prominently in Ofcom’s later 2016 strategy review – the digital communications review. BT’s wholesale customers - by this time predominantly of fibre products - made a determined effort to impose structural separation of Openreach. By this time, the majority, but not the consensus legal opinion seemed to be that achieving structural separation would have to be accomplished in Brussels using EU electronic communications law rather than in London using UK competition law”. CAVE, Martin. 40 years on: an account of innovation in the regulation of UK telecommunications, in 31/2 chapters. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 14, n. 1, 2017. p. 910.

autônoma, sem ligação com a *British Telecom*. Até o momento em que se escrevia esta tese, porém, a *British Telecom* não havia efetivamente implementado tal separação.

Como se observa, portanto, apesar de a legislação antitruste ser aplicada e efetivamente contribuir para a disciplina do setor, a regulação setorial ainda é bem complexa e ampla e está bastante presente nas telecomunicações do Reino Unido. Especialmente em matéria de interconexão, como visto, a regulação tem sido cada vez mais invasiva no mercado, ao ponto de conduzir à implementação de uma separação completa de uma grande parte da *British Telecom*, responsável pela administração das redes e dos respectivos acessos a elas. Ainda, as finalidades apontadas para a disciplina do setor são bens amplas, mas conciliam a instrução ou preservação da concorrência e da liberdade de escolha dos consumidores e o funcionamento pleno do setor para todos os cidadãos³⁵⁶.

§5º Nova Zelândia

A Nova Zelândia também possui uma peculiaridade no que tange à sua experiência de disciplina no setor. Ao contrário do observado na maioria dos países que decidiram introduzir a concorrência nas telecomunicações, a Nova Zelândia optou por um modelo totalmente baseado na legislação antitruste, sem regulação setorial, pelo menos em um primeiro momento.

Com efeito, até 1987, as telecomunicações da Nova Zelândia eram pautadas por monopólio público, com o Estado prestando diretamente os serviços do setor, sem sequer haver uma empresa personificada propriamente. Dentro das reformas implementadas no país ao final da década de 1980, decidiu-se criar uma operadora, privatizá-la e, em sequência, no ano de 1989, promover a abertura do setor de telecomunicações à ampla competição. O modelo de disciplina escolhido à época foi o de submeter o setor às mesmas regras que pautavam os demais setores do país, especialmente a legislação antitruste, sem uma regulação setorial específica³⁵⁷.

³⁵⁶ Para uma análise das finalidades que pautaram as reformas na disciplina do setor no Reino Unido, veja-se: CAVE, Martin. 40 years on: an account of innovation in the regulation of UK telecommunications, in 31/2 chapters. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 14, n. 1, 2017. p. 904-915.

³⁵⁷ Para detalhes do processo de abertura da concorrência no setor da Nova Zelândia, inclusive sobre a opção pela disciplina exclusivamente pelo direito da concorrência, veja-se: BLANCHARD, Carl. Telecommunications regulation in New Zealand: How effective is 'light-handed' regulation? *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 18, n. 2, mar. 1994. p. 154-164.

Passado algum tempo, porém, observou-se que a empresa que havia adquirido a antiga monopolista mantinha a sua participação nos mercados bem elevada³⁵⁸. Além disso, as novas operadoras que atuavam no mercado reiteradamente questionavam diversas práticas adotadas pela antiga monopolista. A autoridade antitruste entendia não deter competência para interferir na definição de preços no setor. Como consequência, tais questionamentos ensejaram sucessivos processos judiciais, principalmente contemplando discussões sobre preços e condições de interconexão³⁵⁹ à rede da antiga monopolista. Os processos judiciais foram ficando cada vez mais complexos, com decisões que eram alternadas e reformadas nas diferentes instâncias, de maneira que a solução para a divergência acerca do preço de interconexão demorava anos até ser obtida³⁶⁰.

Nesse contexto, passados mais de dez anos da implementação da reforma no setor e não se vislumbrando no quadro legal existente ferramentas que pudessem modificar a situação existente – de baixo nível de concorrência nos mercados e de indefinição em questões relevantes como a da interconexão, com as consequências que daí decorriam – decidiu-se pela alteração do modelo de disciplina do setor.

Assim, em 2001, foi editado um diploma específico para as telecomunicações – o *Telecommunications Act 2001*³⁶¹ – introduzindo regulação setorial para pautar os mercados e

³⁵⁸ Sobre a evolução da concorrência no setor da Nova Zelândia após a reforma introduzida na década de 1990, veja-se: SCHECHTER, P. B. *Telecommunication in New Zealand: Competition, Contestability and Interconnection*. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

³⁵⁹ Para um detalhamento sobre os problemas de interconexão que surgiram na Nova Zelândia e as dificuldades das cortes judiciais e da autoridade antitruste na sua resolução, veja-se: SCHECHTER, P. B. *Telecommunication in New Zealand: Competition, Contestability and Interconnection*. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

³⁶⁰ Para uma análise dos principais casos judiciais na temática da Nova Zelândia, com especial destaque para caso paradigmático em que a definição acerca do preço e das condições de interconexão somente foi obtida passados mais de cinco anos desde o primeiro questionamento, veja-se: “A third case, which proved extremely controversial, concerned local loop interconnection and opposed Clear and Telecom from 1991 to 1995. Clear, which was already operating in the long-distance market, also wanted to provide local telephone services in competition with Telecom. [...] However, other issues proved much more difficult to resolve. Telecom argued that the efficient component pricing rule (ECPR), should be used to determine the interconnection price, and Clear countered that the ECPR was contrary to antitrust law. The High Court recognized that application of the ECPR would enable Telecom to recover its economic costs as well as its monopoly profits. It indicated, however, that the rule compensates Telecom for having to meet universal service objectives, while still enabling Clear to enter the market if it were more efficient than Telecom. The Court concluded that application of the rule would not reveal an anticompetitive purpose and would therefore not violate antitrust law. It did not, however, impose any specific interconnection price on the parties urging them instead to resume negotiations and resolve their differences within the framework provided by the Court”. KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: A close look at interconnection*. fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 2.

³⁶¹ Para o inteiro teor do *Telecommunications Act 2001*, veja-se: NOVA ZELÂNDIA. *Telecommunications Act 2001*. Ministry of Business, Innovation and Employment, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2001/0103/76.0/DLM124961.html>>. Acesso em: 04 out. 2017.

disciplinar o setor conjuntamente com a atuação da autoridade antitruste nas temáticas envolvendo o setor. Em especial, o foco da regulação introduzida foi em prever claramente as condições e a forma de cálculo do preço de interconexão, em impor obrigação de portabilidade numérica para todas as operadoras e em intervir e limitar os preços de *roaming* no país³⁶².

Passados quinze anos desde esta reforma mais recente, já foram previstos novos ajustes na disciplina do setor a serem introduzidos até o ano de 2020. Estes ajustes, porém, manterão a regulação setorial, especialmente no que se refere à interconexão e ao acesso às redes. Com efeito, na proposta legislativa apresentada ao Parlamento, a partir do reconhecimento da relevância do setor, inclusive para o crescimento do país, são expostas as finalidades de: criar um ambiente regulatório estável, remover disposições antigas sobre tecnologias ultrapassadas, criar mecanismos para lidar com práticas anticompetitivas no setor e aprimorar a supervisão sobre serviços prestados aos consumidores³⁶³. O que está previsto, em verdade, é uma atualização nos mecanismos regulatórios existentes, com grande foco nas redes de fibra ótica³⁶⁴. Também em matéria de universalização de acesso à internet com banda larga foi editada regulação setorial e desenvolvido plano específico, cuja manutenção foi igualmente estendida até o ano de 2020³⁶⁵.

³⁶² Sobre as alterações no modelo de disciplina do setor na Nova Zelândia introduzidas por tal *Telecommunications Act of 2001*, veja-se: KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: What works best?* fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017.

³⁶³ Para o inteiro teor da proposta legislativa de reforma na disciplina das telecomunicações na Nova Zelândia, inclusive com as justificativas para sua adoção, veja-se: “The communications sector is a key enabler of economic growth. The Government’s goal is to support a communications environment that provides high-quality and affordable services for all New Zealanders, and enables the New Zealand economy to grow, innovate, and compete in a dynamic global environment. The Act provides the underlying economic regulation of communications markets in New Zealand. The Review examined whether the current regulatory framework for telecommunications in New Zealand is the optimal one for competition, investment, and innovation after 2020. It concluded that there was a need for change given the evolution of the telecommunications environment, the growth in fiber networks and services, and changes in the market structure of the industry. These changes require a new approach to telecommunications regulation to ensure that: excessive profits arising from natural monopoly services are limited; regulation is stable and predictable; regulation is only applied to the extent necessary to address a lack of competition; regulation can respond rapidly to a changing environment; market participants are responsive to consumer demands for service quality”. NOVA ZELÂNDIA. *Proposal for Telecommunications (New Regulatory Framework) Amendment Bill*. Government Bill, 293-1. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/bill/government/2017/0293/latest/whole.html#whole>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

³⁶⁴ A integralidade dos termos da reforma prevista para ser implementada até 2020 na Nova Zelândia pode ser analisada em: NOVA ZELÂNDIA. *Telecommunications Act Review: Post-2020 Regulatory Framework for Fixed Line Services*. Ministry of Business, Innovation and Employment, fev. 2017. Disponível em: <<http://http://www.mbie.govt.nz>>. Acesso em: 04 out. 2017.

³⁶⁵ Sobre o plano da Nova Zelândia envolvendo universalização do acesso à internet com banda larga, veja-se: “New Zealand is set to extend broadband to rural areas where Internet blackspots are especially frequent. The extension programmed will cost New Zealand’s Government NZD102 million and is part of the overall strategy

Destarte, após um período em que a disciplina do setor na Nova Zelândia foi pautada exclusivamente pelo direito da concorrência, a regulação setorial foi introduzida e mantida, inclusive para os próximos anos, pois tida como necessária para tratar de aspectos específicos do setor, como questões de interconexão, portabilidade, *roaming* e universalização. Ainda, foi expressamente reconhecido pelos órgãos legislativos que a finalidade no setor não se limita apenas à busca de concorrência nos mercados, sendo reconhecidas, também, finalidades relacionadas ao funcionamento da rede e à qualidade dos serviços aos consumidores.

§6º República da Coreia

Já há alguns anos a Coreia é apontada por organismos e rankings internacionais como a líder mundial em matéria de oportunidade digital e de desenvolvimento do setor³⁶⁶. Ademais, promoveu um rápido crescimento do setor, ao mesmo tempo que conduziu uma reforma lenta da sua disciplina³⁶⁷, justificando ainda mais a sua inclusão neste trabalho.

Como a maioria dos demais países, as telecomunicações eram totalmente monopolizadas pelo Estado na Coreia, com a peculiaridade de que a estrutura de rede do setor, ainda no período de monopólio público, foi bastante ampliada, cobrindo grande parte do território coreano. A privatização do setor, em que pese iniciada ainda na década de 1980, demorou um longo período, até ser finalizada em 2002, em decorrência, principalmente da manutenção, primeiro do controle e, depois, da participação direta do poder público na *Korea Telecom* (KT), antiga monopolista que remanesceu com toda a estrutura física de então. Durante este processo de privatização foi, também, implementado o processo de introdução da concorrência no setor, com a separação estrutural de empresas antes vinculadas à KT de

to provide 99 per cent of the population with Internet coverage by 2020”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017.

³⁶⁶ Sobre o ranking da UIT no setor e o destaque da liderança da Coreia nos últimos anos, veja-se: “The ITU ICT Development Index (IDI) is a unique benchmark of the level of ICT development in countries across the world. The IDI combines eleven indicators on ICT access, use and skills, capturing key aspects of ICT development in one measure that allows for comparisons across countries and over time. The IDI 2016, which covers 175 economies worldwide and makes comparisons to IDI 2015, highlights both progress and persistent divides in the global information society. [...] The Republic of Korea tops the IDI rankings in 2016 for the second consecutive year”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Measuring the Information Society Report 2016*. Genebra: UIT, 2016. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

³⁶⁷ Para um estudo comparativo das reformas introduzidas na disciplina do setor na Coreia, veja-se: WU, Irene. Canada, South Korea, Netherlands and Sweden: regulatory implications of the convergence of telecommunications, broadcasting and internet services. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 28. n. 1, 2004. p. 79-96.

acordo com o tipo de serviço prestado e, em sequência, com a gradual liberalização para novas empresas privadas atuarem nos mercados³⁶⁸.

Na transição para um regime de concorrência no setor, havia um controle tarifário sobre as empresas, com concessão de benefícios às operadoras entrantes, em relação à KT³⁶⁹. Como havia uma estreita ligação entre a KT e o poder público, obrigações como as de universalização e de interconexão em condições razoáveis eram basicamente impostas sobre a KT, que praticamente remanesceu como uma executora das políticas públicas do Estado no setor³⁷⁰. Desta forma, também, ao mesmo tempo em que liberalizava a concorrência nos serviços de telecomunicações, o poder público assegurava um maior controle sobre as estruturas e redes físicas de telecomunicações³⁷¹.

Aliás, a participação do Estado do setor, especialmente no que se refere às redes e estruturas físicas básicas de acesso, trata-se de ponto marcante ao longo de todo o histórico do setor na Coreia³⁷². Com efeito, ao contrário do observado em algumas das experiências antes

³⁶⁸ Sobre o processo inicial de privatização e de introdução da concorrência no setor na Coreia, veja-se: “As in other Asian countries, the South Korean telecommunications service industry has been controlled by the government with regard to who can provide service and what prices they can charge. The three main companies in the industry – Korea Telecom Co. (KT), a general service provider; Korea Mobile Telecom Corp. (KMT), a pager and mobile telephone service provider; and Data Communications Corp. (Dacom), a long-distance service specialist – accounted for about 85 percent of sales in the industry in 1994. However, privatization of the industry has taken place since the early 1980s, when KT was separated from the government as a legal entity. KMT and Dacom started as subsidiaries of KT, but have been spun off as publicly traded private enterprises in recent years”. LEE, Jeong-Ja. *The Korean Telecommunications service industry*. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 33.

³⁶⁹ Para um entendimento sobre o controle tarifário assimétrico exercido na fase inicial de introdução da concorrência no setor coreano, veja-se: “Until new entrants into telecommunications service areas gain a market share of 25 percent or more, the government has set a precedent for allowing a 5 percent price advantage. The price difference for international calling between KT and Dacom, and KMT and the ten regional pager service providers, has since been squeezed to 3 percent as they gained market share. Shinsegi Telecomm will enjoy a favorable 5 percent discount from the tariff structure offered by KMT”. LEE, Jeong-Ja. *The Korean Telecommunications service industry*. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 37.

³⁷⁰ Sobre esta relação entre o Estado e a KT e o papel desta na execução de políticas públicas, veja-se: KIM, Sung Wook; JAYAKAR, Krishna P. *The impact of competition on universal service in Korea: a case study*. mar. 2010. Disponível em: <http://php.scripts.psu.edu/users/k/p/kpj1/Kim_Jayakar_2010_AEJMC.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

³⁷¹ Sobre este controle mantido na Coreia por mais tempo nas redes de telecomunicações, em contraste com a liberalização da concorrência nos serviços do setor, veja-se: “The domestic telecommunications service market is scheduled to open to foreigners in 1997 or 1998. The government plans to allow foreigners to buy interests in domestic service providers at the initial stage, lease circuits from KT, do business in the middle stage, and set up their own telecommunications facilities in the final stage. However, this plan is subject to sudden change”. LEE, Jeong-Ja. *The Korean Telecommunications service industry*. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 40.

³⁷² Sobre o histórico da atuação da Coreia no que se refere à ampliação da estrutura e da rede física do setor, veja-se: “With the completion of a nationwide public switched telephone network in June of 1987 Korea possessed one of the most modern digitally-switched networks in the world, surpassing Japan and other advanced nations (Oh & Larson, 2011, p. 29). In the 1990s Korea began expanding its fixed broadband networks

abordadas, na Coreia o poder público manteve maiores ingerência e intervenções no setor³⁷³. Trata-se de uma das principais finalidades reconhecidas pela Coreia na disciplina do setor: a busca de uma rede funcional, segura e de extrema capacidade em todo o país. Assim, igualmente adotando a sistemática de planos plurianuais específico para o setor³⁷⁴, a Coreia desenvolveu novo plano específico para a sociedade da informação, tendo como uma das finalidades justamente criar uma “rede superconectada centrada em serviços e dados”, através da conjugação de esforços das iniciativas pública e privada³⁷⁵. A participação mais direta do Estado no mercado também pode ser depreendida pela própria autoridade reguladora responsável pelo setor. Com efeito, até a presente data, a *Korea Communications Commission*, atual autoridade setorial, não dispõe de autonomia³⁷⁶, estando diretamente submetida ao poder executivo do Estado coreano, de maneira que a regulação setorial possui

and became the first nation in the world to introduce CDMA-based mobile communications. By the turn of the millennium the ITU reported that Korea was ‘the leading example of a country rising from a low level of ICT access to one of the highest in the world’. [...] At the ITU Plenipotentiary conference in Busan in November of 2014 Korea’s President Park Geun-hye declared Korea’s intention to build a nation-wide giga-Internet network by 2017, and to become the first country in the world to launch commercial 5th generation mobile communication services in 2020 (ITU, 2014)”. LARSON, James F. Network-centric digital development in Korea: Origins, growth and prospects. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 920.

³⁷³ Sobre a compatibilidade desta maior intervenção pública no setor com o próprio regime político e de mercado da Coreia e do papel que o Estado assume na economia, veja-se: “Kim and Oh worked together in the Blue House for eight months, and the centerpiece of their collaboration was supervision of a team of experts the Long Term Plan to Foster the Electronics Industry (Oh & Larson, 2011, pp. 25–27). The tradition of five-year economic plans had been firmly entrenched in Korea under President Park Chung Hee and in this sense, it was a ‘plan-rational’ and ‘developmental’ state like Japan, in contrast to the U.S. as a ‘market rational’ and ‘regulatory’ state”. LARSON, James F. Network-centric digital development in Korea: Origins, growth and prospects. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 920.

³⁷⁴ A Coreia adota mecanismo de planos plurianuais, a exemplo do observado na China, em que adianta os objetivos que serão buscados no próximo período e nas respectivas reformas que serão implementadas. Para um exemplo de plano plurianual na Coreia, veja-se: REPÚBLICA DA COREIA. *Mid-to long-term master plan in preparation for the intelligent information society: managing the fourth industrial revolution*. Interdepartmental Exercise. 2017. Disponível em: <<http://www.msip.go.kr>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

³⁷⁵ Para o inteiro teor do Plano proposto pela Coreia em 2017, veja-se: REPÚBLICA DA COREIA. *Mid-to long-term master plan in preparation for the intelligent information society: managing the fourth industrial revolution*. Interdepartmental Exercise. 2017. Disponível em: <<http://www.msip.go.kr>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

³⁷⁶ Há quem sustente que a ausência de autonomia de órgãos reguladores em países da Ásia seja uma decorrência histórica e cultural da ausência de tradição em órgãos autônomos da sociedade civil, o que, apesar de, em tese, ser contrário ao entendimento mais usual do ocidente acerca da necessidade de clara separação entre público e privado, na realidade de tais países não traria consequências necessariamente prejudiciais à atuação da autoridade setorial. Nesse sentido: “Asian economies each had their own reasons for choosing to reform their state and industrial policies. Some, like Burma (Myanmar) and North Korea, have made no significant changes, remaining locked in policies of autarky. Others, such as Singapore, Hong Kong, and the tiny Portuguese colony of Macau, base their entire island-economies upon being open ports and international hubs for communications and trade. Their telecommunications reforms reflect this openness. Between these two ends of the spectrum stand societies which differ widely in their state ideologies, social and ethnic make-up, cultures and religions, and levels of development. But what they share is a relative lack of independent institutions of civil society. This hands in contrast to most highly developed Western societies and cultures, and it undermines the notion that privatization implies a clearly defined line between the state and the private sector as it does in the West”. URE, John; VIVORAKIJ, Araya. Privatization of Telecoms in Asia. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 02-20.

grande proximidade com os planos e políticas do Estado no setor, o que vem sendo objeto de questionamentos³⁷⁷.

No que se refere à relação entre regulação e antitruste, observa-se que o direito da concorrência do país (pautado, em especial, pelo *Monopoly Regulation and Fair Trade Act*) é plenamente aplicável ao setor. Contudo, a autoridade reguladora também detém competência para realizar análises de concentração de mercado e de condutas anticompetitivas especificamente no setor de telecomunicações, o que determina uma sobreposição de competências³⁷⁸. Até mesmo como forma de contornar esta sobreposição, observou-se, a partir de 2005, uma aproximação da regulação setorial com o antitruste no país, com a adoção do conceito de PMS pela autoridade reguladora, semelhante ao anteriormente abordado na experiência brasileira³⁷⁹. Assim, a autoridade reguladora nacional passou a focar a aplicação da regulação setorial mais incisiva, inclusive de natureza assimétrica e *ex ante*, especialmente em relação a controle tarifário, interconexão e universalização, apenas às operadoras identificadas com PMS, que, em geral, consistem nas antigas monopolistas de telefonia fixa (*KT Corporation*) e móvel (*SK Telecom*).

Portanto, na experiência coreana de disciplina do setor é possível observar uma atuação prolongada do poder público, que continua com ingerência sobre o setor, com especial preocupação e enfoque em redes e infraestrutura, e nas questões relacionadas a acesso que daí decorram até mesmo pela concentração de poder de mercado que ainda remanesce com as antigas monopolistas. A regulação setorial segue com papel central na disciplina do setor, não obstante tenha ocorrido uma clara aproximação entre regulação e antitruste.

³⁷⁷ Para um estudo crítico da atuação da autoridade coreana no setor, em especial no que se refere à ausência de autonomia do órgão, veja-se: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Regulatory reform in Korea*. OECD, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

³⁷⁸ Para uma análise desta sobreposição de competências entre autoridades da concorrência e reguladora do setor na Coreia, inclusive com investigação de casos concretos de atuação da autoridade reguladora em matéria típica de antitruste, veja-se: HUR, Joseph Seon; RHEE, Paul S. *Overlapping regulations by sector-specific regulators and the competition authority in South Korean Telecommunications and Financial Industries*. 2010. Disponível em: <http://www.cuts-ccier.org/IICA/pdf/Country_Paper_Korea.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

³⁷⁹ Naturalmente, a aplicação do conceito de PMS na experiência coreana não é idêntica à da experiência brasileira. Contudo, apesar de serem diferentes os critérios de definição de mercado relevante e de identificação do poder significativo, a lógica é a mesma, de focar a regulação setorial mais incisiva, inclusive assimétrica e *ex ante*, nas operadoras identificadas com PMS. Para uma abordagem específica da aplicação do conceito de PMS na experiência coreana de disciplina do setor, veja-se: HUR, Joseph Seon; RHEE, Paul S. *Overlapping regulations by sector-specific regulators and the competition authority in South Korean Telecommunications and Financial Industries*. 2010. Disponível em: <http://www.cuts-ccier.org/IICA/pdf/Country_Paper_Korea.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

§7º México

A disciplina das telecomunicações no México passou por duas grandes reformas. Após um período pautado pelo monopólio de uma operadora controlada pelo poder público (a *Telmex*), com regulação também editada diretamente pelo poder executivo, decidiu-se pela primeira reforma do setor.

Nesta primeira reforma, realizou-se a privatização da *Telmex* e foi editada lei específica (a Lei de Telecomunicações de 1995³⁸⁰), abrindo os mercados para a concorrência, criando uma autoridade setorial e estabelecendo o quadro regulamentar que passaria a disciplinar o setor. Naquele momento, porém, o foco principal das alterações promovidas foi apontado como o da privatização do setor, mais do que, propriamente, uma disciplina tendente a conduzir a uma efetiva concorrência nos mercados³⁸¹.

Como consequência, mesmo com tal reforma, a concorrência nos mercados de telecomunicações não se desenvolveu adequadamente, não sendo observada, igualmente, uma melhora nos indicadores do setor³⁸². Questionava-se, em especial, a falta de autonomia e de respaldo à autoridade reguladora, que via suas recomendações e deliberações seguidamente desconsideradas e alteradas pelo órgão do poder executivo ao qual se submetia (a Secretaria de Comunicações e Transportes)³⁸³.

³⁸⁰ Para o inteiro teor da referida Lei de Telecomunicações mexicana de 1995, veja-se: ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Ley Federal de Telecomunicaciones*. 07 jun. 1995. Disponível em: <www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lftel/LFTel_abro.doc>. Acesso em: 04 jan. 2018.

³⁸¹ Para uma visão crítica desta reforma promovida no México na década de 1990, evidenciando a falta de efetivo desenvolvimento de uma quadro regulamentar para o setor após a privatização, veja-se: “In Mexico, the most prominent institutional reform took the form of a massive privatization that included relaxation of foreign investment restrictions, allowing up to 100 percent foreign ownership in enhanced telecommunications services, and up to 49 percent foreign investment and partnership in the provision of basic telephone services, provided that Mexican citizens own the remaining 51 percent (Ley de Inversión Extranjera 1994, chapter 3, article 7). Changes in the form of regulation, including a timetable for opening different market segments to competition and the setting of performance targets and their enforcement, have received less attention but are of significance”. PEREZ CHAVOLLA, Lilia; SAMARAJIVA, Rohan. Privatization, market liberation, and regulatory reform in the Mexican telecommunications system. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p.150.

³⁸² Para uma análise dos resultados proporcionados pela primeira reforma conduzida no setor no México, veja-se: CASANUEVA-REGUART, Cristina; CANTU-DIAZ DE LEON, Luis Fernando. *Mexico's Telecommunications Reform: market concentration, prices, investment, and consumer welfare (2013-2015)*. mar. 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2757396>>. Acesso em: 15 set. 2017.

³⁸³ Em estudo promovido pela OCDE, a questão da autonomia da autoridade reguladora no México foi severamente questionada, tendo sido apresentadas propostas para uma nova reforma do setor. Nesse sentido: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Telecommunication and Broadcasting Review of Mexico 2017*. OECD, 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2018. Sem discordar do diagnóstico realizado, autores questionaram as conclusões e recomendações

Assim, a partir do lançamento do denominado *Pacto por México 2012*³⁸⁴, foram previstas reformas em variados setores do país, inclusive o de telecomunicações. No que se refere ao setor, em 2013 foram promovidas emendas à Constituição do país, bem como, em 2014, foi editada uma nova *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión*³⁸⁵, que introduziu a segunda grande reforma na disciplina do setor. Nesta oportunidade, foram indicadas como finalidades para a reforma desenvolver a concorrência nos mercados, proporcionar a universalização de serviços de qualidade e garantir o efetivo acesso dos consumidores às redes, impedindo que as empresas abusem do poder de mercado³⁸⁶.

Através deste novo quadro regulamentar, foi constituída uma nova autoridade setorial, o *Instituto Federal de Telecomunicaciones* (IFT), com autonomia e sem direta submissão à Secretaria de Comunicações e Transportes, que passou a deter competência exclusivamente para a formulação de políticas públicas, sem competência regulatória. A criação deste novo órgão também determinou uma separação das funções em relação à autoridade antitruste, que remanesceu a cargo da *Comisión Federal de Competencia Económica* (COFECE). Ainda, houve a criação de cortes especiais no poder judiciário, especificamente para apreciar os litígios oriundos destas normativas no setor.

A partir desta reforma, o IFT passou a deter ampla competência e margem de atuação, editando regulação incisiva em matérias de terminação de chamadas para a empresa dominante no mercado e antiga monopolista, de limitação e abolição da cobrança de *roaming* e de interconexão e critérios para acesso às redes existentes. Não bastasse isso, mesmo com a consolidação do COFECE na temática antitruste, também foi atribuída ao IFT competência em matéria típica de direito da concorrência nas situações abrangendo o setor. O IFT passou a participar da deliberação e da aprovação de atos de concentração nos mercados de telecomunicações, assim como passou a investigar e poder atuar nos casos de condutas

apresentadas pelo órgão. Nesse sentido: SIDAK, J. Gregory. *The OECD's proposal to cartelize mexican telecommunications*. maio 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2061844>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

³⁸⁴ Para o inteiro teor do aludido Pacto por México 2012, veja-se: ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Pacto por México*. 02 dez. 2012. Disponível em: <<http://pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

³⁸⁵ Para o inteiro teor da aludida *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión*, veja-se: ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión*. 14 jul. 2014. Disponível em: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5352323&fecha=14/07/2014>. Acesso em: 04 jan. 2018.

³⁸⁶ Sobre os objetivos declaradamente buscados nesta nova reforma mexicana da disciplina do setor introduzida na década de 2010, veja-se: “The amendment’s mandate is to guarantee economic competition, content plurality and to encourage universal coverage, convergence, quality and, most importantly, user access. It granted the regulator with authority to sanction or even split up companies engaged, and to establish restrictions to avoid that preponderant carriers (preponderates) abuse of their market power”. LUZ ALVAREZ, Clara. Mexican telecom reform: private interest first? *Mexican Law Review*, v. 8, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2988001>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 53.

anticompetitivas no setor. Nesta atuação, o IFT também passou a adotar o conceito de PMS, abordado anteriormente, a fim de aplicar medidas *ex ante* e remédios regulatórios de natureza assimétrica³⁸⁷.

Assim, após uma primeira reforma, criticada por ter buscado mais a privatização e carecido de uma efetiva disciplina do setor que pudesse conduzir ao desenvolvimento da concorrência nos mercados e à solução dos problemas então apontados, esta segunda reforma foi elogiada em relação aos objetivos propostos, mas vem sendo criticada por ter ampliado demais os poderes regulatórios do IFT, inclusive a ponto de criar uma sobreposição de competência entre as autoridades regulatória e antitruste³⁸⁸. Questiona-se se esta ampliação será adequada para conduzir à concorrência e ao bem-estar do consumidor³⁸⁹, especialmente considerando que o México ainda é apontado como um dos países, em comparação com outros de nível de desenvolvimento similar, com maiores disparidades em termos de possibilidade de acesso às telecomunicações³⁹⁰.

§8º Botswana

Botswana foi um dos primeiros países do continente africano a iniciar uma reforma no setor, tendo primeiramente apresentado bons resultados com a regulação introduzida nos

³⁸⁷ Para um detalhamento do quadro regulamentar do setor mexicana e da margem de competência atribuída ao IFT após esta segunda reforma, veja-se: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Telecommunication and Broadcasting Review of Mexico 2017*. OECD, 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁸⁸ Para uma crítica a esta ampliação demasiada dos poderes da autoridade reguladora do setor no México, veja-se: SIDAK, J. Gregory. *The OECD's proposal to cartelize mexican telecommunications*. maio 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2061844>>. Acesso em: 15 jul. 2017. Ainda, a própria OCDE, que realizou o estudo utilizado como base para esta segunda reforma implementada, já alertou para os riscos desta sobreposição, recomendando o ajuste das competências das autoridades, em especial no que se refere à temática antitruste. Nesse sentido: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Telecommunication and Broadcasting Review of Mexico 2017*. OECD, 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁸⁹ Para um questionamento sobre as consequências que esta última reforma efetivamente poderá apresentar nas telecomunicações mexicanas, veja-se: “In light of these inadequacies, perhaps we must rely on digital technology to curtail Mexican media oligopolies and inject real competition into the telecom sector. The IFT mandate – namely, to guarantee economic competition and content plurality, and to encourage universal coverage, convergence, quality and access – has yet to be fulfilled”. LUZ ALVAREZ, Clara. Mexican telecom reform: private interest first? *Mexican Law Review*, v. 8, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2988001>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 72.

³⁹⁰ Apontando a grande disparidade existente no México em termos de acesso e de utilização efetiva das telecomunicações, veja-se: “The two countries with the highest income inequalities measured by the Gini coefficient, Colombia and Mexico, also present the largest differences in Internet access between the poorest and richest quintiles. In Mexico, nearly 70 per cent of the richest quintile of society has Internet access at home, while only 3 per cent of households in the poorest quintile are connected to the Internet”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017. p. 188.

mercados, à época sendo apontado como uma espécie de modelo de reforma da disciplina das telecomunicações para os demais países africanos³⁹¹. Contudo, as alterações mais recentes têm sido objeto de críticas, especialmente considerando que a concorrência acabou não se desenvolvendo em maior grau nos mercados e que os preços não sofreram redução considerável³⁹². Tal transformação evidencia a relevância da análise desta experiência, como ora realizado.

Até a década de 1980, o setor era totalmente monopolizado pelo poder público, que prestava serviços e diretamente os regulava. Como primeiro passo para a reforma do setor, houve a criação de uma operadora personificada, a *Botswana Telecommunication's Corporation* (BTC). Em seguimento, houve a publicação do *1995 Telecommunications Policy*³⁹³, no qual foram divulgados os objetivos que pautariam a reforma vindoura, quais sejam: (i) a universalização de acesso e de serviço, (ii) a introdução da concorrência nos mercados de telecomunicações, (iii) o fornecimento de serviços de telecomunicações eficientes e (iv) a obtenção de um equilíbrio regional do setor no país³⁹⁴.

Para implementar tais objetivos, em 1996 foi editado o *Telecommunications Act*³⁹⁵, introduzindo as diretrizes básicas para um novo quadro regulamentar, a ser desenvolvido pela então criada autoridade regulatória do setor, a *Botswana Telecommunications Authority*³⁹⁶. Na reforma introduzida em 2012, a autoridade do setor ampliou sua competência para abranger também mídia, dando origem à *Botswana Communications Regulatory Authority*

³⁹¹ Destacando este modelo inicial de reforma da disciplina das telecomunicações em Botswana, veja-se: MCCORMICK, Patricia K. *Telecommunications reform in Botswana: a policy model for African states. Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, n. 1, 2001. p. 409-420.

³⁹² Apresentando críticas às reformas mais recentes na disciplina do setor e ao nível de concorrência existente nos mercados, veja-se: RESEARCH ICT AFRICA. *Understanding what is happening in ICT in Botswana: a supply and demand side analysis of the ICT sector. Policy Paper*, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://researchictafrica.net/>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

³⁹³ Para o inteiro teor do *1995 Telecommunications Policy* de Botswana, veja-se: BOTSWANA. *1995 Telecommunications Policy*. Ministry of Works, Transport and Communication, dez. 1995. Disponível em: <http://www.bocra.org.bw/sites/default/files/documents/Botswana_Telecommunications_Policy.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

³⁹⁴ Para um detalhamento dos objetivos buscados no início das reformas do setor em Botswana, conforme divulgado no aludido *1995 Telecommunications Policy*, veja-se: BOTSWANA TELECOMMUNICATIONS AUTHORITY. *Communications Infrastructure Sharing: Concept Paper*. out. 2009. Disponível em: <<http://www.bocra.org.bw/>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

³⁹⁵ Para o inteiro teor do *Telecommunications Act* de 1996 de Botswana, veja-se: BOTSWANA. *Telecommunications Act, 1996*. An act to regulate the provision of telecommunications services to, from and within Botswana; to provide for the licencing of providers of telecommunications services in Botswana, and for matters connected or incidental thereto. 16 ago. 1996. Disponível em: <<https://www.itu.int/ITU-D/treg/Legislation/Botswana/law.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

³⁹⁶ Para uma análise desta etapa inicial das reformas no setor de Botswana, veja-se: MCCORMICK, Patricia K. *Telecommunications reform in Botswana: a policy model for African states. Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, n. 1, 2001. p. 409-420.

(BOCRA)³⁹⁷. Desde sua criação, a autoridade focou a regulação nas temáticas de serviço e acesso universais, neutralidade para concessão de licenças (sem restrição para um único tipo de serviço), padronização técnica e de forma de numeração, uso do espectro, modelo de custo e de tarifa e cabos submarinos para interconexão internacional da região. Questões como custo para terminação de chamadas e interconexão, bem como de *roaming* e portabilidade numérica não foram abrangidas na regulação³⁹⁸.

Também com a reforma de 2012 e com a edição do *Communications Regulatory Authority Act* de 2012³⁹⁹, foram listados mais de vinte e três objetivos a serem perseguidos pela autoridade setorial, incluindo a proteção do consumidor, o incentivo ao setor privado e à inovação, o auxílio na proteção do ambiente e dos recursos escassos, a promoção de eficiência e do crescimento econômico no setor, a universalização, e a transparência e a isonomia na adoção de decisões setoriais. Ainda, houve a criação de um fundo de universalização para todos os serviços básicos, não sendo exclusivo para o setor, portanto. E foram previstas as regras básicas de relacionamento entre a autoridade setorial e a autoridade de concorrência, criada em 2009, contendo apenas a definição de que as questões antitruste do setor deveriam ser apreciadas por esta, a partir de encaminhamento da BOCRA.

Como consequência da aplicação deste quadro regulamentar desenvolvido pela BOCRA, ao longo dos anos foram autorizadas para atuar nos mercados apenas três operadoras de serviços de telecomunicações com redes próprias (sendo uma a antiga monopolista BTC). As demais prestadoras de serviços existentes não possuem redes próprias.

³⁹⁷ Para um estudo especificamente sobre a criação da BOCRA, veja-se: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *ITU case study: The creation of the Botswana Communications Regulatory Authority (BOCRA)*. Genebra: UIT, 2014. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

³⁹⁸ Para uma análise da atuação da autoridade reguladora de Botswana no setor, veja-se: “Between the 2006 shift in policy and the 2013 creation of BOCRA from the foundation of BTA, the regulator focused its attention on key issues such as universal service and access, consolidation of the service – neutral licensing regime, development of technical specifications and type – approval procedures, numbering plans, and spectrum management strategy. In 2009, BTA established its spectrum monitoring facility and began the process of implementing SIM card registration. Work on a cost model and pricing framework followed in addition to the allocation of the fixed wireless access spectrum. In 2011, the implementation of recommendations on cost - modelling and pricing led to reductions in wholesale and retail prices. Subsequently, BTA had significant involvement in the work surrounding the introduction of the submarine cables designed to improve international data and voice capacity”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *ITU case study: The creation of the Botswana Communications Regulatory Authority (BOCRA)*. Genebra: UIT, 2014. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 14.

³⁹⁹ Para o inteiro teor do *Communications Regulatory Authority Act* de 2012, veja-se: BOTSWANA. *Communications Regulatory Authority Act*, n. 19, 2012. An Act to provide for the creation of an independent regulatory authority, the Botswana Communications Regulatory Authority, for the regulation of the communications sector in Botswana, comprising telecommunications, internet and information and communication technologies, radio communications, broadcasting, postal services and related matters; and for matters connected or incidental thereto. Disponível em: <<http://www.bocra.org.bw>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

Ainda, observa-se grande verticalização nas três operadoras existentes, já que a antiga monopolista (a BTC) basicamente detém toda a infraestrutura física de rede para acesso (incluindo a rede de fibra ótica), enquanto as outras operadoras detêm a infraestrutura de rede de telefonia celular⁴⁰⁰.

Mais recentemente, entendendo que a concorrência não havia sido efetivamente introduzida nos mercados, a BOCRA determinou a separação estrutural completa da operadora que havia sucedido a antiga monopolista (a BTC). Assim, toda a parte de estrutura física de rede baseada em fibra ótica foi alocada para uma nova operadora, a *Botswana Fibre Networks* (BOFINET), controlada e gerida pelo poder público, enquanto a BTC remanesceu com a rede física restante e como operadora para fins de prestação de serviço ao consumidor final. A BOFINET passou a prestar serviços no atacado para as demais operadoras, visando ao estabelecimento de uma forma de acesso em igualdade de condições para todas estas. Tal alteração modificou toda a estrutura dos mercados e foi objeto de críticas, especialmente pela (re)introdução de uma operadora pública e por uma duplicação de rede que acabou sendo indiretamente realizada⁴⁰¹. Para disciplinar o setor a partir desta alteração, em 2017 a BOCRA propôs novo regulamento complementar à legislação existente⁴⁰², prevendo novo modelo de custos e tarifas para acesso, interconexão, terminação e desenvolvimento de prestadoras baseadas em MVNO.

⁴⁰⁰ Para uma apresentação dos mercados de telecomunicações no setor de Botswana, veja-se: “The Botswana telecommunications market comprises three Mobile Network Operators (MNOs): Botswana Telecommunications Corporation Limited (BTCL), Mascom Wireless Botswana (Pty) Ltd (Mascom), and Orange Botswana (Pty) Ltd (Orange). In addition, the Botswana Fiber Networks (BoFiNet) was licensed in 2013 to provide wholesale services. Lastly, there are smaller players, commonly called Internet Service Providers (ISPs), which provide value added services and internet at a smaller scale than MNOs”. BOTSWANA COMMUNICATIONS REGULATORY AUTHORITY. *2017 BOCRA Report*. 2017. Disponível em: <<http://www.bocra.org.bw>>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 22.

⁴⁰¹ Para críticas à separação estrutural implementada pela BOCRA e à criação de uma nova operadora pública, veja-se: “Botswana has formed a converged regulator (joining others such as ICASA and TRCA in the region) and it has split the incumbent fixed line operator, BTC, into two separate organizations: one focusing on retail services and the other focusing on wholesale services. The latter development, which potentially opens up equal access to the fibre backbone for all operators, comes when the leading mobile operator, MASCOM, simultaneously installed a competing wholesale infrastructure. The Government policy initiative to develop fibre infrastructure in order to lower wholesale bandwidth prices has ignored commercial needs, replicated infrastructure and become an economic cost to the country. As a result, the Government’s return on investment is negative and it has not achieved the objectives of providing open access backbone infrastructure, such as increasing broadband penetration and use”. RESEARCH ICT AFRICA. *Understanding what is happening in ICT in Botswana: a supply and demand side analysis of the ICT sector. Policy Paper*, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://researchictafrica.net/>>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 2.

⁴⁰² Para o inteiro teor do regulamento proposto pela BOCRA (que até a finalização desta tese não havia sido aprovado), veja-se: BOTSWANA COMMUNICATIONS REGULATORY AUTHORITY. *Draft of Communications Regulatory Authority Regulations, 2017*. Disponível em: <<http://www.bocra.org.bw/sites/default/files/documents/Draft%20CRA%20Regulations-Dec%202017.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

Como se observa da experiência de Botswana de disciplina do setor, não obstante o histórico de extensiva regulação, não houve ingresso de novos concorrentes de maneira a viabilizar a efetiva introdução de concorrência nos mercados. Apesar de previsto originalmente como um dos objetivos a ser buscado no início da reforma do setor, posteriormente o desenvolvimento da concorrência nos mercados acabou remanescendo como uma das dezenas de finalidades do quadro regulatório introduzido. O mesmo ocorrendo com o funcionamento do setor como uma única rede de acesso universal. Nesse tocante, é apontado que o alto custo de terminação de chamadas, de interconexão e de *roaming*, além de não sofrer alteração pela ausência de pressão de mercados concorrentes, também não foi devidamente enfrentado pela BOCRA. A mais recente implementação da separação estrutural, com a criação da BOFINET teve declarado objetivo de contornar tal situação. Entretanto, como ressaltado, a reintrodução do poder público na atuação direta no mercado é questionada⁴⁰³. Será preciso verificar se o novo quadro regulatório, previsto para ser implementado em 2018, terá condições de atingir pelo menos parte das diversas finalidades visadas quando das reformas na disciplina do setor.

§9º Chile

O Chile foi pioneiro em promover reformas no setor de telecomunicações e em ajustar a sua disciplina setorial, buscando abrir o setor para a concorrência. Assim, ainda em 1977 criou uma autoridade reguladora setorial, a *Subsecretaría de Telecomunicaciones* (SUBTEL), com competência para a definição e a aplicação da política e da regulação do setor. Em 1988, promoveu a privatização da companhia até então monopolista e de controle público, a *Compañía de Teléfonos de Chile*. Até 1994, também de forma inovadora, editou regras mínimas específicas para o setor, especialmente em matéria de autorização para o ingresso de concorrentes nos mercados e de definição e limitação de tarifas passíveis de cobrança aos

⁴⁰³ Para um detalhamento adicional das críticas às iniciativas mais recentes de Botswana na disciplina setorial, veja-se: “Part of this negative perception of the regulatory environment is explained by high retail prices, caused by a vertically integrated market with high termination rates. High-speed internet access and data services penetration are lagging. The 2012 RIA Botswana ICT Survey found that only 9% of respondents use the internet. Most internet users are found in urban areas while in the rest of the country people for the most part do not have access to internet, let alone a broadband connection. High broadband prices are limiting access to, and use of, the internet. [...] However, pricing is one of the best measures of the competitiveness of markets, and all signs are that consumers in Botswana are not seeing the benefits of dynamically competitive markets, though there is some evidence of mobile pricing pressure by BTC’s mobile service beMobile”. RESEARCH ICT AFRICA. Understanding what is happening in ICT in Botswana: a supply and demand side analysis of the ICT sector. *Policy Paper*, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://researchictafrica.net/>>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 05.

consumidores⁴⁰⁴. Mais recentemente, também, foi inovador ao regular o serviço universal através de mecanismos competitivos, e não meramente com imposição de deveres assimétricos⁴⁰⁵.

Não obstante este pioneirismo, a disciplina setorial inicialmente introduzida no país praticamente não teve efeito na introdução da concorrência no setor. Somente a partir do ano de 1994, quando promovida uma primeira ampliação do quadro regulamentar, é que novos concorrentes efetivamente começaram a ingressar nos mercados de telecomunicações chilenos. Em especial, com a introdução de regras claras acerca da forma de realização e de cálculo de custo de interconexão, de delimitação mais precisa de mercados a serem analisados para fins de medidas regulatórias e de nova metodologia para cálculo de tarifas dos serviços do setor⁴⁰⁶, observou-se a entrada e o fortalecimento de novas operadoras no mercado, concorrendo com a antiga monopolista⁴⁰⁷.

Ao longo do tempo, também, ganhou relevo e foi ajustada a aplicação da legislação antitruste no setor. Com efeito, a SUBTEL detém competência para atuar em questões envolvendo direito da concorrência no setor, conjuntamente com os órgãos responsáveis pela defesa e pela promoção da concorrência no país (a saber, a *Fiscalía Nacional Económica* e o *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*). A disciplina setorial, porém, não prevê uma

⁴⁰⁴ Destacando o pioneirismo do Chile nas reformas do setor, veja-se: “Chile was a pioneer in the field of telecommunications liberalization and consequently had to learn, to a large extent, by trial and error. While a sector-specific regulator was established as early as 1977, the overall rules adopted in the early 1980s to allow multiple entry into each market segment contained few sector specific provisions (and very few licenses were in fact awarded early on to new entrants). Additional sector-specific provisions were adopted in 1987 (on tariff-setting) and in 1994 (on interconnection, vertical separation between the local and long distances markets, and choice of long distance carriers on a call by call basis)”. KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: The impact on competitiveness*. fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 2

⁴⁰⁵ Sobre o pioneirismo do Chile também na introdução de mecanismos competitivos na regulação da universalização na prestação de serviços no setor, veja-se: “Chile pioneered the use of competitive mechanisms aimed at allocating universal service subsidies to the operators requiring the lowest amounts of subsidies to meet universal service targets in specific areas. As different operators may be selected in different geographic areas, the system facilitates yardstick competition as well. Finally, the licenses awarded to the selected operators are not exclusive thereby allowing for some degree of direct competition”. KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: The impact on competitiveness*. fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 2

⁴⁰⁶ Para uma análise básica das medidas adotadas a partir de 1984 no Chile e de sua contribuição para o fortalecimento da concorrência no setor, veja-se: FISCHER, Ronald; SERRA, Pablo. Evaluación de la regulación de las telecomunicaciones en Chile. *Revista Perspectivas*, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, v. 6, n. 1, 2002. p. 45-77.

⁴⁰⁷ Para uma análise das reformas especificamente sob o ponto de vista do investimento no setor chileno, veja-se: MOGUILLANSKY, Graciela. Las reformas del sector de telecomunicaciones en Chile y el comportamiento de la inversión. *Serie Reformas Económicas*, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina e el Caribe, n. 4, ago. 1998. p. 05-45.

sobreposição da atuação dos órgãos e autoridades, mas define de maneira clara a competência e a margem de atuação de cada um deles nas questões envolvendo o setor. Assim, enquanto os órgãos antitruste definem os mercados em que poderá haver regulação e controle tarifário, é a SUBTEL que estabelece e define a regulação e o controle que serão aplicados. Em sentido inverso, nos casos envolvendo ato de concentração no setor, a SUBTEL realiza a instrução e os procedimentos de apuração de informações, mas a deliberação acerca do respectivo ato é adotada pelos órgãos antitruste⁴⁰⁸.

Também com o passar dos anos, a regulação setorial foi sendo atualizada, ainda que, por vezes, em um ritmo criticado como lento⁴⁰⁹, abrangendo questões como: (i) limite para cobrança de roaming, (ii) obrigação de portabilidade numérica, (iii) padronização de aspectos técnicos entre os concorrentes no setor, (iv) foco na defesa do consumidor (com adoção de um modelo de concorrência por qualidade do serviço, com maior transparência nas informações, e com implementação de mecanismos de defesa do consumidor específicos para o setor), (v) regulação clara para a instalação da estrutura necessária para as novas redes de alto tráfego, (vi) imposição de neutralidade de rede, (vii) adoção de normas e procedimentos visando à transparência e à previsibilidade para o mercado, e (viii) criação de programa específico para universalizar o acesso à banda larga dentro de uma *Agenda Digital para 2020*⁴¹⁰.

Destarte, observa-se que também na experiência chilena de disciplina do setor a regulação e a autoridade setoriais exerceram e seguem exercendo papel central. O sistema antitruste igualmente mostra-se relevante, especialmente pela existência de regras claras estabelecendo os papéis das autoridades e dos órgãos, evitando mera sobreposição. Questiona-se, porém, como visto, a falta de autonomia da autoridade reguladora do país e o ritmo dos ajustes adotados na regulação setorial.

⁴⁰⁸ Para detalhes sobre a repartição de competências entre autoridades antitruste e reguladora nas telecomunicações chilenas, veja-se: CORONEL, Leonardo Mena. Regulation and Investment in Telecommunications: Chile Case Study. *World Dialogue on Regulation for Network Economies*. mar. 2006. Disponível em: <<http://www.regulateonline.org/content/view/680/31/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

⁴⁰⁹ Para críticas à evolução do ritmo de atualização do modelo regulatório do Chile, veja-se: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Regulatory Policy in Chile: Government capacity to ensure high-quality regulation*. OECD Reviews of Regulatory Reform, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

⁴¹⁰ Para um panorama das medidas introduzidas pela regulação setorial no Chile a partir de 2010, veja-se: SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES. *Telecomunicaciones: modernizando el modelo para aumentar la competencia en el sector*. 2016. Disponível em: <<http://www.subtel.gob.cl/>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

Devidamente expostas as experiências nacionais de disciplina do setor selecionadas nesta tese⁴¹¹, foi possível observar que os caminhos adotados para as reformas implementadas variaram entre os países. Os objetivos buscados por cada país igualmente foram diferentes, especialmente no início das reformas. Os resultados apresentados foram diferentes, algo natural até mesmo pelo estágio de desenvolvimento do setor em cada país.

Não obstante tais diferenças, a análise mais ampla das experiências evidencia uma tendência de convergência nas finalidades buscadas, a indicar a possibilidade de se vislumbrar um núcleo para a disciplina.

Assim, em países como Brasil, Nova Zelândia, Coreia, China e Chile, por exemplo, mais recentemente percebe-se uma convergência teleológica, apontando para uma conciliação entre a finalidade mais ampla de assegurar concorrência nos mercados, com outras finalidades mais específicas para o setor, que incluem o funcionamento e o acesso universal às redes e a proteção aos consumidores. Em outros, como visto, as finalidades buscadas não são tão claras, o que impede até uma avaliação da efetividade das reformas. Igualmente ficou claro nas experiências investigadas uma tendência de manutenção de regulação setorial, notadamente nos aspectos inerentes ao funcionamento das redes nos mercados entre as operadoras (como interconexão, acesso, terminação e *roaming*) e à proteção dos consumidores (como portabilidade, dever de informação e universalização de acesso aos serviços). Igualmente, é observado movimento de convergência entre o direito da concorrência e a regulação setorial, com destaque para as experiências que tratam de forma mais clara e objetiva da forma de relacionamento entre as autoridades, definindo os limites e os critérios que pautam suas atuações.

⁴¹¹ Como destacado, não se pretendeu e nem seria possível ser exaustivo na análise implementada. Buscou-se analisar experiências nacionais diferentes, abrangentes e representativas, que fossem pertinentes à temática. Naturalmente, foram deixadas de fora desta tese, até mesmo pela limitação física, outras experiências também significativas. É o caso, por exemplo, da experiência da Alemanha de disciplina do setor, que recentemente introduziu reformas incorporando ao antitruste aspectos antes atribuídos à competência da autoridade setorial. Nesse sentido, veja-se: FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY. *White paper: digital platforms; digital regulatory policy for growth, innovation, competition and participation*. Berlim: BMWi, 2017. Disponível em: <<http://www.digital.de>>. Acesso em: 04 jul. 2017. Também é exemplo a experiência da Austrália de disciplina do setor, uma vez que há regulação setorial específica, focada em aspectos técnicos, proteção do consumidor e acesso a mercados, mas não há uma autoridade setorial propriamente, sendo da autoridade de defesa da concorrência a competência pertinente à aplicação da disciplina legal setorial. Nesse sentido, veja-se: KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: What works best?* fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. Não obstante tal deliberada ausência nesta tese de outras experiências igualmente pertinentes, entende-se que as apresentadas nesta tese são suficientes para os objetivos aqui propostos, especialmente considerando que, em complementação, ainda serão apresentadas as experiências regionais e internacionais pertinentes.

Nesse contexto, ultimada a análise das experiências nacionais de disciplina do setor, passa-se à apresentação de experiências internacionais e regionais desta disciplina, novamente com foco destacado nesta relação entre antitruste e regulação, na busca da identificação de um possível núcleo teleológico para a disciplina da temática.

B.2 Regionais e internacionais

Conforme referido, as telecomunicações possuem natural vocação internacional, mormente no contexto da sociedade em que atualmente vivemos. Ademais, também em decorrência da dificuldade de os Estados chegarem a consenso suficiente para a celebração de tratados internacionais abrangentes em determinadas temáticas⁴¹², são crescentes as iniciativas de regionalização e de europeização de direitos⁴¹³.

Nesse sentido, mostra-se justificada a análise aqui proposta de experiências internacionais e regionais de disciplina das telecomunicações. Mais uma vez, tal qual realizado com as experiências nacionais analisadas, não será possível investigar todas as experiências regionais e internacionais que, de alguma forma, tenham relação e pertinência com o setor de telecomunicações⁴¹⁴. Novamente, assim, serão apresentadas as experiências mais pertinentes à tese, com histórico de estudos focados na disciplina do setor e que sejam diversamente representativas, iniciando-se pela paradigmática experiência da União Europeia.

⁴¹² Um exemplo destas temáticas que não possuem um tratamento internacional abrangente é justamente o direito da concorrência, não obstante sua evidente vocação internacional. Nesse sentido, discute-se qual seria a melhor abordagem para seu enfrentamento em âmbito internacional. Entendendo haver espaço para um tratado internacional na temática, veja-se: MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Entendendo em sentido diferente, de que não haveria viabilidade concreta de consenso para um tratamento internacional, apontando para a regionalização do seu enfrentamento, veja-se: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência. Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴¹³ Sobre a europeização de direitos, inclusive da parte geral do direito internacional privado, veja-se, por todos: JAEGER JUNIOR, Augusto (ed.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma futura codificação na União Europeia, através de um Regulamento Roma Zero*. 1. ed. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2016. v. 1.

⁴¹⁴ Pelas naturais limitações desta tese, não será abordada, por exemplo, a experiência da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ANSEA), não obstante tenha esta estabelecido um plano de desenvolvimento do setor. Para informações sobre o setor na ANSEA, veja-se: “Although ASEAN countries are vastly different on preparedness for digital technologies, they all have formulated national strategies to embrace ICT for development. At the same time, ASEAN has launched comprehensive master plans to coordinate region-wide efforts to promote ICT diffusion. [...] ASEAN ICT Master 2020 (AIM 2020) envisions to propel ASEAN towards a digitally-enabled economy that is secure, sustainable, and transformative; and to enable an innovative, inclusive and integrated ASEAN Community”. VU, Khuong Mu. ICT diffusion and production in ASEAN countries: Patterns, performance, and policy directions. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 962-977.

§1º União Europeia

Optou-se por iniciar a análise das experiências regionais e internacionais pela União Europeia, tratando-a, inclusive, com maior profundidade e detalhamento⁴¹⁵. Trata-se, em verdade, do primeiro processo de integração a realizar uma ampla liberalização da concorrência e uma regulação uniforme no setor de telecomunicações, abrangendo todos os seus Estados-membros. Ademais, a União Europeia envolve um gigantesco mercado, no qual figuram os principais atores mundiais, estando efetivamente presentes as forças que podem interferir no setor, seja para conduzir à concorrência, seja para distorcê-la. Ainda, as reformas do setor de telecomunicações da União Europeia já se encontram em avançado estado de implantação, há algum tempo existindo mercados nos quais se constata concorrência efetiva⁴¹⁶. Por fim, os indicadores internacionais dos setores apontam que a Europa é a região com o maior índice de desenvolvimento em telecomunicações⁴¹⁷ e os seus Estados-membros figuram em posições de liderança no índice de regulação setorial desenvolvido pela UIT⁴¹⁸, a corroborar a importância da investigação desta experiência de disciplina do setor.

Antes do início da liberalização da concorrência na União Europeia, em meados da década de 1980, o setor de telecomunicações monopolístico⁴¹⁹ era preponderantemente marcado pela infraestrutura e pelos serviços de telefonia fixa, com intervenção direta do

⁴¹⁵ Será atribuído um tratamento mais alongado à experiência da União Europeia, tal qual realizado com a experiência brasileira, no capítulo dedicado às experiências nacionais.

⁴¹⁶ À época, entendia-se como existente a concorrência efetiva naqueles mercados que não eram dominados por uma ou mais empresas com PMS. Nesse sentido, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrônicas (directiva-quadro)*. Directiva 2002/21/EC. 07 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

⁴¹⁷ Sobre o índice de desenvolvimento do setor na União Europeia, assim constou no relatório da UIT referente ao ano de 2016: “Europe continues to lead the way in ICT development. It had the highest average IDI value among world regions (7.35 points). Albania is the only country in Europe falling – slightly – below the global average. This reflects the region’s high levels of economic development and ICT investment. Countries in Europe generally have liberalized communication markets with high levels of ICT access, use and skills”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Measuring the Information Society Report 2016*. Genebra: UIT, 2016. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 01 nov. 2017. p. 57.

⁴¹⁸ Sobre as posições dos Estados-membros da União Europeia na classificação da regulação do setor desenvolvida pela UIT, assim foi reconhecido no documento relativo ao ano de 2017: “Until now, EU countries have had clear dominance over the top three ranks of the ICT Regulatory Tracker (see Table 7). They figure among the front-runners of G4 regulation, including Austria, Belgium, Germany, Iceland, Ireland, Italy and Portugal, and some of the early adopters from Central Europe, including Croatia, Hungary, Latvia and Slovenia. Iceland and Ireland remained first for two consecutive years each, respectively in 2009-10 and 2014-15. Portugal retains the greatest number of top spots – five; it was third in 2007, second in 2010, first in 2011 and again second in 2012 and 2013”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 84.

⁴¹⁹ Sobre a estrutura usual das antigas monopolistas na União Europeia, veja-se: MARTINEZ MEDRANO, Gabriel. Competencia y telecomunicaciones en Europa. In: PALAZZI, Pablo (dir.). *Derecho y nuevas tecnologías*. a. 2, n. 3. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 31-72.

Estado na economia⁴²⁰. À exceção do caso do Reino Unido, anteriormente tratado, não havia perspectiva de introdução da concorrência no setor nos Estados-membros. Mesmo que, desde 1982, quando do julgamento do caso *British Telecommunications*⁴²¹, já estivesse reconhecido e consolidado que o direito comunitário da concorrência era plenamente aplicável ao setor de telecomunicações. Este entendimento, porém, não era suficiente para interferir ou afetar os monopólios estatais existentes.

Contudo, a existência e a manutenção dos monopólios eram contraditórias com o objetivo maior de constituição de um mercado comum inerente ao processo de integração da União Europeia⁴²². Como consequência, em 1987 a Comissão publicou o Livro Verde⁴²³ relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações, listando os objetivos que pautariam a reforma no setor. Foi previsto que, para além de objetivos imediatos setoriais (dentre os quais o de proporcionar aos cidadãos uma maior variedade de serviços de qualidade no setor)⁴²⁴, a reforma visaria ao objetivo mediato e maior⁴²⁵ de consecução de um efetivo mercado comum das telecomunicações, livre de barreiras.

⁴²⁰ Sobre a preponderância das empresas de telefonia fixa à época dos monopólios, veja-se: ALABAU, Antonio; GUIJARRO, Luis. *The electronic communications policy of the European Union*. Valencia: Universitat Politècnica de Valencia, 2011. p. 115.

⁴²¹ Para informações sobre o caso *British Telecommunications*, de 1983, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Caso 41/83. Italy v. Commission*. 1983. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴²² O objetivo do mercado comum, posteriormente, foi alterado para a busca de um mercado interno. Nesse sentido, explica Augusto Jaeger Junior ao tratar do Ato Único Europeu: “Ele introduziu uma nova etapa no processo de integração, substituiu o enfoque funcionalista e constitucional de derivação francesa por um enfoque evolutivo e federalista de derivação alemã, representou o afastamento de um relativo cansaço e promoveu uma das maiores revisões dos Tratados fundacionais, introduzindo artigos específicos no TCEE e estabelecendo especialmente a data de 31 de dezembro de 1992 para a conclusão do mercado interno, que é, como será visto na próxima parte, a fase considerada como decorrente da evolução do mercado comum”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006. p. 54.

⁴²³ Sobre o conceito de Livros Verdes, veja-se: BERBEN, Cor; CLEMENTS, Bernard. The European framework for competition in telecommunications. The benefits for peripheral countries. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 19, n. 4, 1995. p. 276.

⁴²⁴ Sobre os objetivos imediatos da reforma do setor na União Europeia, assim constou no referido Livro Verde: “The overriding aim is to develop the conditions for the market to provide European users with a greater variety telecommunications services, of better quality and at lower cost affording Europe the full internal and external benefits of a strong telecommunications sector”. UNIÃO EUROPEIA. *Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações*. COM(87) 290. 30 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017. p. 3.

⁴²⁵ Sobre o objetivo maior da reforma, constou no mencionado Livro Verde: “On the basis of the foregoing analysis, the following seem to be major points to be considered for any attempt to find agreement for broad regulatory aims for the telecommunications sector in the Community. The major objective must be the completion of the Internal Market by 1992”. UNIÃO EUROPEIA. *Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações*. COM(87) 290. 30 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017. p. 238.

Adotou-se um processo gradual de reforma no setor⁴²⁶, com abertura da concorrência nos mercados por etapas, sendo editada regulação setorial específica concomitantemente à aplicação do direito da concorrência. Diante das diferenças entre os Estados-membros, foi utilizado sistema de aproximação legislativa, através da edição de diretivas⁴²⁷. O sistema foi validado no caso *Terminal Equipment*⁴²⁸, em que foi questionada a primeira diretiva editada na temática.

Na primeira etapa foram editadas diversas diretivas específicas sobre temáticas próprias, prevendo: (i) liberalização da concorrência no mercado de equipamentos terminais⁴²⁹, vedando-se a manutenção dos privilégios e direitos de exclusividade⁴³⁰; (ii) liberalização da concorrência nos serviços de telecomunicações, à exceção do serviço de telefonia fixa⁴³¹; (iii) possibilidade de manutenção de monopólios em relação às infraestruturas do setor, desde que possibilitado o acesso em condições razoáveis; (iv) necessidade de completa separação entre as atividades de regulação e as de operação, com a criação de autoridades nacionais reguladoras específicas para o setor, desvinculadas das

⁴²⁶ Sobre o processo gradual de reforma do setor escolhido pela União Europeia, veja-se: “Changes in regulation at a European level must take account of and build on the differing regulatory histories and national features of the Member States. This implies that change must be introduced progressively, to allow re-organisation to take place smoothly over the whole of the Community. Given their importance and wide ramifications, regulatory changes in telecommunications can only be introduced progressively. Time must be allowed for present structures which have grown up historically over a long period, to adjust to the new environment”. UNIÃO EUROPEIA. *Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações*. COM(87) 290. 30 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017. p. 23.

⁴²⁷ Para um conceito de diretiva, consoante consta no Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (TFUE), veja-se: “Para o desempenho das suas atribuições e nos termos do presente Tratado, o Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adoptam regulamentos e directivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres. A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 nov. 2017. art. 249. Mais genericamente, sobre harmonização legislativa na União Europeia, veja-se: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006. p. 199.

⁴²⁸ Sobre o caso *Terminal Equipment* do ano de 1988, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Caso 202/88. France v. Commission*. jun. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴²⁹ Sobre equipamentos terminais, veja-se: “Às redes de telecomunicações conectam-se equipamentos denominados terminais de telecomunicações (aparelho telefónico, de fax, estação móvel, etc.), os quais obrigatoriamente devem possuir certificação”. ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 23.

⁴³⁰ Para o inteiro teor da respectiva Diretiva sobre equipamentos terminais, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Directive on competition in the markets in telecommunications terminal equipment*. Directiva 1988/301/EEC. 16 mai. 1988. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴³¹ A liberalização da concorrência nos serviços de telecomunicações da União Europeia, à exceção da telefonia fixa, e a possibilidade de manutenção de monopólios nas infraestruturas foram previstas com a edição da Diretiva número 388, de 1990: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações*. Directiva 1990/388/EEC. 24 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

antigas operadoras monopolistas; (v) harmonização de padrões técnicos no bloco; e (vi) plena aplicação do direito da concorrência no setor.

Em seguimento, houve uma etapa transitória, implementada até julho de 1996, na qual foi determinado aos Estados-membros que acabassem com o monopólio em todos os serviços e nas infraestruturas do setor, com exceção da rede pública de telefonia fixa. Na sequência, em 1998, foi colocada em prática a terceira etapa de reforma do setor, promovendo a liberação completa da concorrência nas telecomunicações da União Europeia⁴³².

Uma das questões enfrentada nesta etapa foi o aperfeiçoamento da regulação específica sobre a universalização da prestação de serviços⁴³³, sendo esclarecido sobre quais empresas poderiam recair obrigações de universalização no setor. Assim, nesta etapa, foi primeiramente introduzido na disciplina do setor no bloco o referido conceito de PMS. De acordo com estas normativas introduzidas na terceira etapa da liberalização do setor, competia às autoridades nacionais reguladoras determinar quais empresas detinham PMS nos respectivos mercados relevantes e, conseqüentemente, impor a estas obrigações especiais, inclusive o dever de universalização da prestação dos serviços básicos de telecomunicações.

⁴³² Assim constou da principal da diretiva que previu, formalmente, a liberalização completa da concorrência no setor na União Europeia: “1. Os Estados-membros devem suprimir todas as medidas que concedam: a) direitos exclusivos para o fornecimento de serviços de telecomunicações incluindo a criação e a oferta de redes de telecomunicações necessárias para o fornecimento desses serviços, ou b) direitos especiais que limitem a duas ou mais as empresas autorizadas a fornecerem esses serviços de telecomunicações ou a criarem ou oferecerem essas redes, sem ser em função de critérios objectivos, proporcionais e não discriminatórios, ou c) direitos especiais que permitem, sem ser em função de critérios objectivos proporcionais e não discriminatórios, designar várias empresas concorrentes para fornecerem esses serviços de telecomunicações ou para criarem ou oferecerem essas redes. Sem prejuízo no disposto no artigo 3º e no terceiro parágrafo do artigo 4º, os Estados-membros podem manter direitos especiais e exclusivos até 1 de Janeiro de 1998 no que diz respeito à telefonia vocal e à criação e oferta de redes públicas de telecomunicações”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações*. Directiva 1996/19/ECC. 22 mar. 1996. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2017. art. 2º (1). Outras Diretivas também adotadas neste período foram as seguintes: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 94/46/CE da Comissão de 13 de Outubro de 1994 que altera as Directivas 88/301/CEE e 90/388/CEE em especial no que diz respeito às comunicações por satélite*. Directiva 1994/46/ECC. 19 out. 1994. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2017. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 95/51/CE da Comissão, de 18 de Outubro de 1995, que altera a Directiva 90/388/CEE, relativa à supressão das restrições à utilização de redes de televisão por cabo para o fornecimento de serviços de telecomunicações já liberalizados*. Directiva 1995/51/ECC. 26 out. 1995. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2017. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 96/2/CE da Comissão, de 16 de Janeiro de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que respeita às comunicações móveis e pessoais*. Directiva 1996/2/ECC. 26 jan. 1996. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2017.

⁴³³ A obrigação de universalização na União Europeia foi prevista baseada nos princípios da continuidade, igualdade e modicidade, sendo que cada Estado-membro podia decidir os contornos da obrigação a ser imposta, desde que respeitado um pacote mínimo de serviços (que, no princípio, incluía acesso à rede de telefonia fixa, para utilização de serviços de voz e fax, disponibilidade de telefones públicos e serviços específicos para portadores de necessidades especiais). Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *Directive on the application of open network provision (ONP) to voice telephony and on universal service for telecommunications in a competitive environment*. Directiva 1998/10/EC. 26 abr. 1998. Disponível em: <http://www.europa.eu>. Acesso em: 26 nov. 2017.

Previa-se, portanto, utilização de regulação assimétrica, de natureza *ex ante*, para estas empresas identificadas com PMS. Contudo, naquele momento do processo, o conceito de PMS não se confundia com o conceito de “posição dominante”⁴³⁴ presente no direito da concorrência e também aplicado ao setor em matéria antitruste pelas respectivas autoridades de defesa da concorrência.

O conceito de PMS estava ligado a uma perspectiva preventiva, de controle *ex ante* de comportamentos que, a partir de análise dinâmica do mercado, envolvendo elementos de risco e probabilidade, tinha-se como possíveis de prejudicar a concorrência existente ou potencial. As autoridades nacionais reguladoras concluíam que, em regra⁴³⁵, existia uma empresa com PMS quando sua participação em um mercado relevante de telecomunicações era igual ou superior a 25%, adotando-se como critério geográfico a totalidade ou parte do território de um Estado-membro⁴³⁶. A imposição de obrigações especiais não dependia de qualquer abuso ou atuação prejudicial por parte da respectiva empresa, mas decorria da simples constatação do seu PMS. Na prática, todas as antigas monopolistas preenchiam o aludido requisito e eram consideradas como detentoras de PMS, sendo alvo da imposição de obrigações especiais pelas autoridades reguladoras. Assim, o setor de telecomunicações ficou submetido a dois regramentos distintos, vigiado por duas espécies de autoridades nacionais diferentes, que atuavam com parâmetros e objetivos também diversos.

Acompanhando as reformas que eram introduzidas no setor, também eram lançados programas e planos especiais para o desenvolvimento das telecomunicações no bloco, divulgando as finalidades que pautavam as reformas. Assim, foram lançados os programas

⁴³⁴ Sobre o conceito de posição dominante no direito da concorrência na União Europeia, veja-se: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006. p. 392.

⁴³⁵ Na verdade, como previsto na Diretiva número 33, de 1997, as autoridades nacionais reguladoras tinham alguma margem de discricionariedade para a identificação de PMS, sendo a participação de 25% no mercado relevante o principal indicador a ser seguido, podendo, todavia, ser ligeiramente reduzido ou aumentado de acordo, por exemplo, com capacidade de a empresa influir nas condições do mercado, seu volume de negócios em relação à dimensão do mercado, seu acesso a recursos financeiros e sua experiência na oferta do respectivo produto. Nesse sentido, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997 relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA)*. Directiva 1997/33/EC. 30 jun. 1995. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2017. art. 4º (3).

⁴³⁶ Para maiores detalhes sobre a definição dos mercados relevantes nesta etapa de introdução da concorrência em todos os mercados do setor na União Europeia, veja-se: GOMEZ ALONSO, Adela. Regulación sectorial y derecho de la competencia en la nueva normativa comunitaria de telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 16, parte 3, fev. 2003. p. 202.

*eEuropa*⁴³⁷ e *eEuropa 2005*⁴³⁸, adiantando os aspectos que seriam buscados nas etapas vindouras do processo de reforma do setor. Na sequência, através da edição de seis novas diretivas, que deveriam ser transpostas pelos Estados-membros até julho de 2003, foi dado início à uma nova fase das reformas. Os objetivos declarados nesta fase foram os de fortalecer o mercado interno, assegurar direitos básicos aos consumidores, garantir acesso à internet de banda larga, elevar a proteção e a segurança das redes e promover a concorrência, diminuindo a regulação específica aplicável, sempre que constatada efetiva competição em um determinado mercado.

A maior inovação desta fase, porém, consistiu na manifesta aproximação entre a regulação específica do setor e o direito da concorrência. Ao se concluir que a atuação das autoridades nacionais reguladoras deveria ser adequada à realidade de mercados mais dinâmicos e complexos, o conceito de PMS foi equiparado⁴³⁹ ao conceito de “posição dominante” do direito da concorrência, tal qual definido na jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴⁴⁰. A fim de auxiliar as autoridades reguladoras nesta atividade, a Comissão editou Recomendação⁴⁴¹ em que apresentou uma lista contendo dezoito mercados que, *a priori*,

⁴³⁷ Sobre os respectivos objetivos buscados, assim constou neste programa *eEuropa* lançado em 2001: “O *eEuropa* tem como objectivo garantir que, na União Europeia, todos – cidadãos, escolas, empresas, administrações – tenham acesso às novas tecnologias da informação e das comunicações e as explorem plenamente. Por exemplo, a Internet pode ser utilizada numa vasta gama de actividades diárias, serviços e produtos, como o ensino, a administração pública, a saúde, a cultura e o lazer. A nova sociedade do conhecimento deve ser uma sociedade inclusiva”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão de 13 de Março de 2001, eEurope 2002: Impacto e prioridades, Comunicação ao Conselho Europeu da Primavera, em Estocolmo, de 23 a 24 de Março de 2001*. COM(2001) 140. 23 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴³⁸ O *eEuropa 2005* foi lançado oficialmente em 2002. Para seu inteiro teor, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu, Comité Económico e Social e Comité das Regiões eEurope 2005: uma sociedade da informação para todos*. COM(2002) 263. 28 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴³⁹ Sobre a equiparação do conceito de PMS ao de posição dominante nas telecomunicações da União Europeia, assim constou na denominada Diretiva Quadro: “É necessária a fixação de obrigações *ex ante* em determinadas circunstâncias, para garantir o desenvolvimento de um mercado concorrencial. A definição de poder de mercado significativo constante da Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA)(14), revelou-se eficaz na fase inicial da abertura do mercado enquanto limiar para as obrigações *ex ante*, mas deve agora ser adaptada, para se adequar a mercados mais complexos e dinâmicos. Por esta razão, a definição utilizada na presente directiva é equivalente ao conceito de posição dominante, tal como definido na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2002/21/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro)*. Directiva 2002/21/CEE. 07 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017. cons. 25.

⁴⁴⁰ Sobre a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, especialmente em relação ao direito da concorrência, veja-se: JAEGGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Europeia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006. p. 81.

⁴⁴¹ A lista contendo dezoito mercados que, *a priori*, poderiam ser regulados com a imposição de obrigações *ex ante* na União Europeia foi divulgada pela Recomendação número 311, de 2003. Nesse sentido: UNIÃO

poderiam ser regulados, com a imposição de obrigações *ex ante*. Mesmo em relação a estes dezoito mercados previamente determinados, a Comissão ainda estabeleceu e divulgou o seu “teste dos três critérios”⁴⁴², os quais deveriam estar presentes para que fosse possível a atuação preventiva das autoridades reguladoras. Assim, a imposição de obrigações específicas às empresas do setor somente podia ocorrer e permanecer se não houvesse⁴⁴³, no mercado em análise, concorrência efetiva e, ainda assim, desde que a aplicação do direito da concorrência não fosse tida como suficiente para ou solucionar as eventuais falhas do mercado ou atingir os objetivos buscados.

Como realizado anteriormente, antecedendo nova reforma no setor, em 2005 a Comissão divulgou o denominado *Plano i2010*, em que declarou o objetivo de criação de um espaço único europeu da informação⁴⁴⁴, a ser atingido, especialmente, através da modernização da regulação até então existente e com um melhor aproveitamento do espectro eletromagnético. Em sequência, no ano de 2009, teve oficialmente início a etapa seguinte da reforma no setor de telecomunicações da União Europeia, com a edição de duas novas Diretivas⁴⁴⁵ e um novo Regulamento⁴⁴⁶ do Parlamento Europeu e do Conselho. As principais

EUROPEIA. *Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003 relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação ex ante, em conformidade com o disposto na Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas*. Recomendação 2003/311/CE. 11 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017.

⁴⁴² O “teste dos três critérios” foi definido pela Comissão da seguinte forma: “Os critérios são: i) presença de obstáculos fortes e não transitórios à entrada no mercado; ii) ausência de condições de dinamismo no mercado que favoreçam uma concorrência efectiva; iii) impossibilidade de a aplicação do direito da concorrência colmatar, por si só, as eventuais deficiências do mercado nesta matéria”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário*. COM(2006) 28. 06 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017. p. 5. Para uma análise específica deste teste na experiência da União Europeia, veja-se: STOYANOVA, Milena. *Competition problems in liberalized telecommunications: regulatory solutions to promote effective competition*. Haia: Kluwer Law International, 2008. p. 14.

⁴⁴³ Sobre a não aplicação de medidas *ex ante* na União Europeia quando constatada concorrência efetiva no respectivo mercado, veja-se: “É essencial que só sejam impostas obrigações regulamentares *ex ante* nos casos em que não exista concorrência efectiva, ou seja, em mercados em que exista uma ou mais empresas com um poder de mercado significativo, e em que as soluções ao abrigo do direito nacional e comunitário em matéria de concorrência não sejam suficientes para fazer face ao problema”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2002/21/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro)*. Directiva 2002/21/CEE. 07 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017. cons. 27.

⁴⁴⁴ Sobre a criação de um espaço único europeu da informação e para um detalhamento das prioridades eleitas no aludido *Plano i2010*, veja-se: “Objectivo 1: Um espaço único europeu da informação que ofereça comunicações de elevada largura de banda, seguras e a um preço acessível, conteúdos ricos e diversificados e serviços digitais”. UNIÃO EUROPEIA. *i2010 – A European Information Society for growth and employment*. COM(2005) 229. 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017. p. 7.

⁴⁴⁵ Para o inteiro teor das duas Diretivas editadas em 2009 (Diretivas números 140 e 136), veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/19/CE*

alterações introduzidas podem ser divididas em três grandes áreas: (i) focar a regulação existente nos mercados menos competitivos; (ii) melhorar a proteção aos cidadãos; e (iii) aprimorar o mercado interno das telecomunicações.

A orientação acerca dos mercados sujeitos à aplicação de medidas setoriais *ex ante* foi restringida dos dezoito mercados até então existentes, para sete mercados⁴⁴⁷, sendo a grande maioria mercados no atacado (grossistas), com especial foco da regulação nos pontos de estrangulamento.

Em relação aos cidadãos, os diplomas editados promoveram aumento na proteção dos consumidores. Assim, a obrigação de portabilidade numérica, que já existia, foi tornada mais rígida, devendo ser realizada em um dia útil dentro do bloco; mais recentemente, em 2017, foi determinada também a obrigação de portabilidade de serviços digitais dentro da União Europeia⁴⁴⁸. Nesta fase, foram ampliadas as informações mínimas que, necessariamente, têm

relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos e a Directiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas. Directiva 2009/140/CE. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018; e UNIÃO EUROPEIA. *Directiva que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor*. Directiva 2009/136/CE. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁴⁶ Para o inteiro teor do Regulamento número 1211, editada em 2009, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE) e o Gabinete*. Regulamento 1211/2009. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁴⁴⁷ Os sete mercados sujeitos à aplicação de medidas setoriais *ex ante* a partir de 2009 são os seguintes: acesso à rede de telefonia fixa, origem de chamadas em redes de telefonia fixa, terminação de chamadas em redes de telefonia fixa, acesso à rede local para banda larga e serviços de voz, acesso à rede de banda larga, terminação de chamadas na rede móvel, terminação em segmentos de linhas dedicadas. Para maiores detalhes sobre esta diminuição do número de mercados relevantes, veja-se: “Together with the proposal of a new regulatory framework, the EC has issued a new Recommendation of Relevant Markets in which the markets subject to possible regulation were reduced from the original 18 to 7. According to the Referred body, this Recommendation ‘reduces regulation in more than a 50%’”. HERRERA-GONZALEZ, Fernando; CASTEJON-MARTIN, Luis. *The endless need for regulation in telecommunication: An explanation*. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 33, 2009. p. 667. Em sentido semelhante: “Markets need only be regulated until they are competitive. Some markets, in particular retail markets, have reached this point today. However, on access markets and several wholesale markets, more needs to be done. The Commission will focus regulation on markets where competition is not yet effective and which are crucial for Europe’s competitiveness, such as broadband access”. UNIÃO EUROPEIA. *2007 EU Telecoms Reform # 9: From 18 to 7 regulated markets*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁴⁴⁸ A novidade da portabilidade de serviços digitais foi introduzida na União Europeia pelo Regulamento 1128/2017, com a seguinte justificativa: “O acesso permanente dos consumidores em toda a União a serviços de conteúdos em linha licitamente fornecidos no seu Estado-Membro de residência é importante para o bom funcionamento do mercado único e para uma aplicação efetiva dos princípios da livre circulação de pessoas e de serviços. Uma vez que o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas com base, nomeadamente, na livre circulação de pessoas e de serviços, é necessário assegurar que os consumidores possam utilizar os serviços de conteúdos em linha portáteis que oferecem acesso a conteúdos como música, jogos, filmes, programas de entretenimento ou acontecimentos desportivos não só no seu Estado-Membro de

de ser comunicadas aos consumidores, dentro de toda a União Europeia. Em razão de casos de quebra de privacidade e de segurança na proteção de dados no bloco⁴⁴⁹, elevou-se o nível de proteção da privacidade e dos dados pessoais nas telecomunicações. Esta elevação culminou com a edição de um novo Regulamento em 2016 específico sobre proteção e sigilo de dados, inclusive determinando a criação de autoridades nacionais de controle da proteção de dados⁴⁵⁰. Ainda, foram detalhados os poderes concedidos às autoridades reguladoras para estabelecerem patamares mínimos de qualidade para a prestação dos serviços no setor⁴⁵¹, especialmente na universalização.

Foi criada uma nova autoridade, no nível da União Europeia, a fim de tentar assegurar um tratamento uniforme para situações semelhantes em todo o bloco. Esta nova autoridade, denominada de Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas (ORECE), é composta pelas autoridades reguladoras dos vinte e sete Estados-membros, e tem

residência, como também quando se encontram temporariamente presentes noutro Estado-Membro por motivos tais como lazer, viagens pessoais, viagens de negócio ou mobilidade para a aprendizagem. Por conseguinte, deverão ser eliminados os obstáculos que, nesses casos, entravam o acesso aos referidos serviços de conteúdos em linha e a sua utilização”. UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à portabilidade transfronteiriça dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno*. Regulamento 1128/2017. 14 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁴⁹ Sobre os casos de quebra de privacidade e de segurança na proteção de dados que ocorreram no bloco, veja-se: TURLE, Marcus. Data security: past, present and future. *Computer Law and Security Review*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2017. p. 51-58; KEMMITT, Helen; JOLLEY, Rachael; PAIRMAN, Joanne; DUDUYEMI, Olufemi. Baker & McKenzie’s annual review of developments in EU law relating to IP, IT & telecommunications. *Computer Law and Security Review*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2017. p. 97-100; e SMALL, Harry; DIZON, Michael; MALIK, Tabeebah; KEMMITT, Helen; SMITH, Ben, CHIN, Alison; DUDUYEMI, Olufemi. *Computer Law and Security Review*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, 2017. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2009. p. 189-193.

⁴⁵⁰ O novo quadro regulamentar específico para a proteção de dados na União Europeia, com a criação de autoridade e controle nacional específica para a temática, foi introduzido pelo Regulamento 679/2016, a saber: UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)*. Regulamento 679/2016. 27 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁵¹ Sobre a possibilidade de as autoridades reguladoras estabelecerem patamares mínimos de qualidade para a prestação dos serviços no setor na União Europeia, assim constou da respectiva Diretiva: “2. As autoridades reguladoras nacionais podem especificar, nomeadamente, os parâmetros de qualidade dos serviços a medir e o conteúdo, o formato e a maneira como as informações deverão ser publicadas, incluindo eventuais mecanismos de certificação de qualidade, a fim de garantir que os utilizadores finais, incluindo os utilizadores finais com deficiência, tenham acesso a informações completas, comparáveis, fiáveis e conviviais. Se adequado, podem ser utilizados os parâmetros, definições e métodos de medição indicados no anexo III”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n. o 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor*. Directiva 2009/136/CE. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018. art. 22 (2).

como principal meta uniformizar a aplicação da regulação setorial dentro do espaço comum⁴⁵².

Outro ponto que mereceu tratamento específico nesta etapa refere-se às tarifas de *roaming* cobradas dentro da União Europeia. Assim, o Parlamento Europeu e a Comissão inicialmente criaram a denominada *eurotarifa*⁴⁵³, intervindo diretamente nos preços máximos possíveis de serem cobrados a título de *roaming* nos serviços de telefonia, e, mais recentemente, em 2017, determinaram o fim da cobrança de *roaming* para os cidadãos da União Europeia⁴⁵⁴. Por fim, também foi introduzida regulação específica sobre a instalação de redes de comunicações eletrônicas de alto tráfego, visando à redução dos custos de sua implantação em todo o território do bloco⁴⁵⁵.

Novamente, a partir dos resultados apresentados e antecipando os objetivos que pautariam as próximas etapas destas sucessivas reformas da disciplina do setor, foram lançados os planos *Europa 2020*⁴⁵⁶ e *Sociedade Europeia a Gigabits*⁴⁵⁷, enfatizando, em especial, a finalidade de universalizar o acesso à internet com altíssima velocidade em todo o bloco. A importância de buscar esta conexão para todos no bloco foi, ainda, expressamente destacada pelo Presidente da Comissão Europeia⁴⁵⁸.

⁴⁵² Para maiores detalhes sobre o funcionamento e a competência do ORECE, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE) e o Gabinete*. Regulamento 1211/2009. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁴⁵³ O regulamento que criou a *eurotarifa* foi o seguinte: UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à itinerância nas redes telefônicas móveis públicas da Comunidade e que altera a Directiva 2002/21/CE*. Regulamento 717/2007. 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁴⁵⁴ Para informações sobre o fim da cobrança de *roaming* para os cidadãos da União Europeia dentro do bloco, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Fim das tarifas de itinerância na UE: Declaração conjunta de 3 instituições da UE*. Statement/17/1590. 14 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

⁴⁵⁵ A regulação pertinente à instalação de redes de alto tráfego na União Europeia foi introduzida pela Diretiva 61/2014, a saber: UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a medidas destinadas a reduzir o custo da implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito*. Diretiva 2014/61/EU. 15 maio 2014. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

⁴⁵⁶ Através da Comunicação número 2020, de 2010, a Comissão desenvolveu o *Europa 2020*, no qual divulgou os objetivos que deseja atingir até o ano de 2020, inclusive envolvendo o setor. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europa 2020. Estratégia para o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. COM(2010) 2020. 03 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

⁴⁵⁷ Para o inteiro teor do documento que deu início ao plano *Sociedade Europeia a Gigabits*, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Conectividade para um mercado único digital concorrencial - rumo a uma Sociedade Europeia a Gigabits*. COM(2016) 587. 14 set. 2016. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

⁴⁵⁸ Sobre a importância de assegurar o acesso à internet de todos na União Europeia, as palavras do Presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker: “We need to be connected. Our economy needs it. People need it. And we have to invest in that connectivity now”. UNIÃO EUROPEIA. *European Commission Press Release*:

Em seguimento, entendendo que seria necessário avançar nas reformas do setor, a partir de 2016 foram formalmente iniciados os estudos pertinentes à próxima etapa deste processo⁴⁵⁹. Tais estudos conduziram, ao final de 2016, a uma proposta do Parlamento Europeu e do Conselho para uma reforma completa da disciplina do setor. Assim, no momento da elaboração desta tese, está em discussão a adoção de um Código Europeu das Comunicações Eletrônicas, abrangente, que substituiria os diplomas esparsos hoje vigentes e avançaria na disciplina do setor em inúmeros pontos⁴⁶⁰.

Apesar de inovar no formato do diploma proposto – um Código abrangente, o que, até então, não foi adotado no bloco – em relação ao conteúdo da disciplina legal do setor preconizada neste Código, observa-se uma continuidade da evolução das fases anteriores, com manutenção do movimento de desregulação de alguns aspectos dos mercados, mas com introdução de novos instrumentos e mecanismos regulatórios em outros aspectos. Assim, é mantida a finalidade principal buscada de constituição de um mercado único da comunicação, que supere a fragmentação técnica, jurídica e regulamentar ainda existente. Mantém-se, também, a aproximação do direito da concorrência com a regulação setorial, agora concentrada em um único Código. É mantida, ainda, a utilização do conceito de PMS, contudo, agora a regulação assimétrica *ex ante* é cabível em hipóteses mais restritas, sendo mais reforçada a desnecessidade de regulação quando já existente concorrência no respectivo mercado. Ademais, como forma de incentivar novos investimentos por todas as empresas, especialmente em matéria de acesso às redes de alto tráfego, é prevista a possibilidade de adoção de regulação simétrica, não mais atingindo de forma diferente determinadas

State of the Union 2016: Commission paves the way for more and better internet connectivity for all citizens and businesses. IP/16/3008. 14 set. 2016. Estrasburgo. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

⁴⁵⁹ Os estudos realizados na União Europeia para a próxima reforma da disciplina do setor incluíram consultas a partes interessadas e relacionadas ao setor e análises de impacto regulatório das alternativas de evolução das reformas no quadro regulamentar das telecomunicações. Para detalhes destes estudos e um resumo de suas conclusões, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrônicas*. COM(2016) 590 final. 12 out. 2016. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

⁴⁶⁰ Como justificativas e objetivos para a edição do proposto Código Europeu das Comunicações Eletrônicas, constaram: “i) estabelecer uma abordagem coerente a nível do Mercado Único relativa à política e à gestão do espectro, ii) proporcionar condições para a realização de um verdadeiro Mercado Único abordando a questão da fragmentação regulamentar com vista a permitir economias de escala que promovam a eficiência dos operadores de redes e dos prestadores de serviços e uma defesa dos consumidores eficaz, iii) garantir condições de concorrência equitativas para os intervenientes no mercado e uma aplicação coerente das regras, iv) incentivar o investimento em redes de banda larga de alta velocidade (incluindo a revisão da Diretiva Serviço Universal) e v) criar um quadro regulamentar institucional mais eficaz”. UNIÃO EUROPEIA. *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrônicas*. COM(2016) 590 final. 12 out. 2016. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

empresas⁴⁶¹. Também para fins de incentivar investimentos em novas redes, consta a possibilidade de co-investimento, com benefícios regulatórios⁴⁶². Ainda, há foco regulatório na universalização de serviços, notadamente com ênfase em banda larga. Por fim, estão contempladas disposições regulatórias básicas para os serviços *over-the-top* (OTT).

Como fica muito claro da análise da experiência da União Europeia de disciplina do setor, há um avanço sistemático ao longo dos anos⁴⁶³, nitidamente pautado pelo objetivo mediato maior de constituição de um mercado interno no bloco, assim como cada vez mais imediatamente objetivado ao funcionamento pleno das redes dentro do espaço da União Europeia, com foco nas formas de seus acesso e interconexão (inclusive para fins de universalização e proteção do consumidor).

⁴⁶¹ Sobre as regulações simétricas e assimétricas previstas no referido Código Europeu das Comunicações Eletrônicas proposto, bem como para uma análise crítica das proposições, como um todo, veja-se: “The threshold for ex ante intervention by national regulators within the telecoms rules requires a finding of individual or joint significant market power. De-regulation is possible when competition has increased in a given telecoms market in which case only competition policy is used to monitor specific market behavior and preserve effective competition. This regulatory approach based on competition principles will remain at the heart of the regulatory framework. As explained above, operators with significant market power will continue to be obliged to provide access to their networks to other operators, where this is necessary for retail competition and where commercial wholesale access is not offered on reasonable terms. The proposal will also reinforce end-users' rights in relation to switching and number portability, which are key to the exercise of choice in a competitive market”. BRIGLAUERA, Wolfgang; CAMBINIB, Carlo; FETZERD, Thomas; HÜSCHEL RATHA, Kai. *The European Electronic Communications Code: A critical appraisal with a focus on incentivizing investment in next generation broadband networks*. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 955.

⁴⁶² Entendendo que as inovações introduzidas no aludido Código Europeu das Comunicações Eletrônicas proposto apontam para o caminho correto, não obstante possam necessitar de algum ajuste menor, veja-se: “Our assessment is that the proposed enhancements to broadband policy in the proposed European Code are broadly in the right direction, and collectively are likely to offer network operators a more profitable and predictable business case for investment in high speed broadband. Notwithstanding our observations that the case for FTTP/FTTP can often be significantly overblown, we would still say that this is a welcome or overdue change”. SCOTT, Marcus J.; BOCAROVA, Veronica; PETROPOULOS, Georgios. *Incentives for investment in fast broadband: how much can be expected from the proposed European Code?* 23 jul. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3007395>>. Acesso em: 26 jan. 2018. Com um entendimento mais crítico em relação aos resultados que poderão ser atingidos pelo dito Código, veja-se: BRIGLAUERA, Wolfgang; CAMBINIB, Carlo; FETZERD, Thomas; HÜSCHEL RATHA, Kai. *The European Electronic Communications Code: A critical appraisal with a focus on incentivizing investment in next generation broadband networks*. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 948-961.

⁴⁶³ Tratando do avanço sistemático da disciplina na União Europeia, em comparação com o avanço aparentemente não sistemático da experiência dos Estados Unidos da América, veja-se: “A major difference between the US and the EU approaches to telecom regulation is the unsystematic nature of the US approach compared to the systematic EU framework. [...] The EU had the luxury that it was driven by the vision of a common market for services that required liberalization and harmonization. Also, it was developed with less political – and, in particular, procedural – interference than the US approach. This difference explains, for example, why the US has such a hard time in developing a unified approach to all parts of the telecommunications sector, including Internet access, cable television, and the like”. GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. *European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications*. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 531

Assim, por um lado, gradualmente houve diminuição dos mercados e aspectos submetidos à regulação setorial, abrindo-se mais espaço para o direito da concorrência disciplinar o setor de forma *ex post*. Por outro lado, porém, nos aspectos tidos como mais problemáticos (do ponto de vista da implantação da concorrência) e mais relevantes (para a consecução dos objetivos da União, mediatos e específicos do setor), houve um fortalecimento da regulação setorial. Foi o que ocorreu, como visto, com criação do ORECE, com a inclusão da medida excepcional da separação funcional, com a regulação das redes de acesso da próxima geração, com vedação à cobrança de tarifas de *roaming* dentro da União Europeia e com a previsão de um Código amplo para uniformizar, de vez, a regulação em todo o bloco.

Não obstante também seja possível observar um movimento de aproximação entre a regulação setorial e o direito da concorrência, às vésperas de ser adotado um novo Código amplo, vislumbra-se claro cenário de manutenção da regulação específica do setor, tanto simétrica, quanto assimétrica, editada e aplicada de forma *ex ante*, com foco em funcionamento das redes, universalização (especialmente com banda larga) e proteção do consumidor.

Devidamente analisada, com algum aprofundamento, a mais paradigmática experiência regional de disciplina do setor, passa-se à análise, mais breve, de outras experiências regionais na temática.

§2º Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)

Como mencionado, qualquer perspectiva ou experiência que envolva o Brasil desperta natural interesse para os fins da presente tese. Nesse sentido, sendo o Brasil um dos países fundadores do MERCOSUL, tal processo regional necessita ser considerado neste trabalho⁴⁶⁴.

Consoante o art. 1º do Tratado de Assunção⁴⁶⁵, o processo⁴⁶⁶ inicialmente foi constituído no intuito de se constituir um Mercado Comum do Sul até a data de 31 de

⁴⁶⁴ Por motivos semelhantes aos que determinaram a inclusão do estudo do MERCOSUL nesta tese, poder-se-ia cogitar da abordagem em relação à União de Nações Sul-Americanas (UNASUL). Contudo, considerando que a UNASUL, no que se refere à disciplina do setor de telecomunicações, não possui qualquer iniciativa concreta, torna-se despiendo seu tratamento nesta tese. Com efeito, o que há na UNASUL, em relação ao setor, são apenas projetos de interligação física entre os países, e não iniciativas de disciplina setorial. Para informações sobre estes projetos, veja-se a página específica do Conselho Sulamericano de Infraestrutura e Planejamento da UNASUL: CONSELHO SULAMERICANO DE INFRAESTRUTURA E PLANEJAMENTO DA UNASUL. *Proyectos*. Disponível em: <<http://www.iirsa.org/proyectos/Proyectos.aspx>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

dezembro de 1994. Contudo, a realidade é que, até o presente momento, o MERCOSUL nem sequer conseguiu implementar plenamente uma zona de livre comércio⁴⁶⁷. Como consequência, os demais projetos e políticas do bloco acabam também carecendo de eficácia e concreta implementação, especialmente se comparados com a experiência da União Europeia, antes abordada.

Não se desconhece a celebração, em 2010, do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL. Contudo, trata-se de instrumento com mais relevância para a cooperação e a coordenação entre as autoridades antitruste nacionais, do que, propriamente, para realização de reformas ou, mesmo, para a harmonização legislativa⁴⁶⁸. Assim, não se trata de instrumento relevante para os fins da presente tese.

Adicionalmente, também não se desconhece que, no âmbito do MERCOSUL, foram editadas diversas Resoluções abordando a temática das telecomunicações⁴⁶⁹. Entretanto, tais Resoluções e os demais instrumentos semelhantes celebrados no âmbito do MERCOSUL são focados na cooperação e na solução de questões que surgem nas telecomunicações nas regiões

⁴⁶⁵ Assim restou previsto no Tratado de Assunção: “Os Estados-Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará ‘Mercado Comum do Sul’ (MERCOSUL)”. MERCADO COMUM DO SUL. *Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai*. Tratado de Assunção. Disponível em: <http://http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2486/1/tratado-de-assuncao_pt.pdf> Acesso em: 10 jan. 2018. art. 1º.

⁴⁶⁶ Para um histórico do MERCOSUL e maiores detalhamentos sobre seus órgãos e seu funcionamento, veja-se, por todos: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006.

⁴⁶⁷ Sobre a caracterização da fase em que se encontra o MERCOSUL, veja-se: “Presentemente, no que concerne ao progressivo processo econômico de integração, o MERCOSUL palmilha numa região nebulosa: entre uma zona de livre comércio no seu interior, ainda não totalmente implementada, e os primeiros passos para o estabelecimento de uma união aduaneira perante a terceiros países. Zona de livre comércio é a eliminação, através de um acordo, dos obstáculos tarifários e não-tarifários às exportações e importações comerciais dos produtos originários dos Estados-membros integrantes dessa livre zona. Estabelece-se uma liberdade, mantendo cada um dos Estados sua própria política tarifária com respeito aos terceiros Estados. Não envolve uma Tarifa Externa Comum (TEC). Porém, formulam-se as regras que definem a origem dos produtos comercializados. A segunda fase da integração econômica é a contemplada por uma união aduaneira que implica, e esta é a sua principal característica diferenciadora, a definição de uma TEC”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 172.

⁴⁶⁸ Para um detalhamento sobre o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL e suas implicações, especialmente em matéria de cooperação internacional, veja-se: GUIMARÃES, Marcelo Cesar. Os Novos Rumos do Direito Antitruste no MERCOSUL: o Acordo de Defesa da Concorrência e a Consolidação da Cooperação Internacional na Região. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, CADE, v. 4, n. 1, maio 2016. p. 237-278.

⁴⁶⁹ São exemplos destas Resoluções envolvendo o setor no MERCOSUL: MERCADO COMUM DO SUL. *Manual de procedimientos de coordinacion de frecuencias, bandas de frecuencias de transmisión y coordinacion de frecuencias del servicio de telefonía móvil celular*. Resolução n. 65/1997. Disponível em: <<http://http://www.mercosur.int>> Acesso em: 10 jan. 2018. MERCADO COMUM DO SUL. *Sistemas de informação de serviços de telecomunicações com código de acesso unificado para os serviços de telefonía no âmbito do MERCOSUL*. Resolução n. 18/2002. Disponível em: <<http://http://www.mercosur.int>> Acesso em: 10 jan. 2018.

de fronteiras entre os países. Nesse compasso, trata-se de normativas que dizem respeito basicamente a questões de ordem técnica, de interoperabilidade das redes e de coordenação da atuação em termos de recursos escassos⁴⁷⁰.

À exceção destas disposições esparsas, portanto, a disciplina das telecomunicações dos Estados-partes não é diretamente influenciada pelo processo regional. Não há um objetivo efetivo a ser perseguido no setor do bloco, assim como não há, propriamente, uma disciplina regional das telecomunicações, não se fazendo necessário, assim, maiores digressões relativas ao MERCOSUL nesta tese. Passa-se⁴⁷¹, assim, à análise de experiências internacionais e multilaterais de disciplina das telecomunicações.

§3º Organização Mundial do Comércio (OMC)

A partir do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT) e com as sucessivas rodadas de negociação realizadas até a Rodada do Uruguai, foi prescrita a criação da OMC, com ambições de estabelecimento de uma organização internacional responsável pelo comércio internacional⁴⁷². A OMC surgiu, assim, com declarados objetivos de liberalização do comércio internacional, de melhoria de padrões

⁴⁷⁰ Para uma análise jurídica das Resoluções editadas no MERCOSUL envolvendo aspectos técnicos do setor, veja-se: ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

⁴⁷¹ Naturalmente, existem outros processos de integração regional que poderiam ser investigados e abordados neste trabalho e ora não o são por questão meramente de limitação física deste. É o caso, por exemplo, da União Africana, fundada em 2002 e sucessora da Organização da Unidade Africana de 1963. Trata-se de relevante processo de integração do continente africano, que expressamente reconhece a relevância e a necessidade das telecomunicações para o desenvolvimento da região. Tanto que o bloco possui uma agência especializada em telecomunicações, a União Africana de Telecomunicações (UAT). A UAT detém competência e vem atuando para contribuir com o aprimoramento da disciplina do setor nos Estados membros, seja em questões de ordem técnica, seja em questões de natureza tipicamente de regulação econômica. Trata-se de atuação que precisa, de fato, gerar resultados para o aprimoramento do setor, uma vez que o continente africano figura como a pior região em diversos indicadores do setor, inclusive em termos de disponibilidade e de acessibilidade à internet com banda larga. Para uma análise crítica da competência e da atuação da UAT, veja-se: MCCORMICK, Patricia K. *The African telecommunications union: A Pan-African approach to telecommunications reform*. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 29, n. 2, 2005. p. 529-548. Para detalhes sobre os indicadores do continente africano no setor e as propostas para seu aprimoramento, veja-se: OJO, Tokunbo. *Global agenda and ICT4D in Africa: Constraints of localizing ‘universal norm’*. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 40, n. 2, 2005. p. 704-713. Para indicadores em geral do setor, comparando o continente africano com as demais regiões do globo, veja-se: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Measuring the Information Society Report 2016*. Genebra: UIT, 2016. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁴⁷² Sobre o surgimento da OMC no contexto internacional, veja-se: “Assim apresenta-se a OMC como organização internacional multilateral e com pretensões à universalidade, cujo Tratado Constitutivo, resultado de um processo legislativo internacional, possui como seu conteúdo normas originadas do consenso que refletem a necessidade de administrar a interdependência de Estados e Organizações Internacionais num sistema internacional a cada dia mais complexo”. FIORATI, Jete Jane. *As telecomunicações nos direitos interno e internacional: o direito brasileiro e as regras da OMC*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 20.

de vida propiciada pelo crescimento econômico e de atenção aos Estados em desenvolvimento. Também como resultado da Rodada do Uruguai, foi celebrado e em 1995 entrou em funcionamento o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (*General Agreement on Trade in Services – GATS*)⁴⁷³, estendendo o sistema multilateral para o comércio de serviços para todos os membros da OMC⁴⁷⁴.

Em relação aos setores de serviços entendidos como essenciais e básicos para os países, houve um tratamento específico no GATS. Em relação às telecomunicações, além das disposições do próprio GATS e das listas de compromissos específicos dos países⁴⁷⁵, foi celebrado também um Anexo sobre Telecomunicações⁴⁷⁶, constituído como uma espécie de garantia de que outros serviços relevantes (como os do setor bancário, por exemplo) não seriam impactados pela falta de acesso às telecomunicações⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Sobre a natureza do GATS, veja-se: “Na verdade o Acordo de Serviços (GATS) constitui-se na moldura jurídica, possuindo natureza de Acordo Quadro, contendo regras multilaterais juridicamente obrigatórias, que orientará os acordos do comércio de serviços de maneira flexível, visando a sua liberalização progressiva”. FIORATI, Jete Jane. *As telecomunicações nos direitos interno e internacional: o direito brasileiro e as regras da OMC*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 93.

⁴⁷⁴ Para um entendimento detalhado e completo sobre o GATS na OMC, veja-se, por todos: ALEXANDER, Kern; ANDENAS, Mads (eds.). *The World Trade Organisation and Trade in Services*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008.

⁴⁷⁵ Sobre os compromissos específicos assumidos no GATS em relação ao setor de telecomunicações, veja-se: “Fifty-six of the original GATS schedules included specific commitments on telecommunications on behalf of 67 WTO Members, among which were the U.S., as well as the EU and its Member States (twelve at the time submitting a single schedule). Forty-four of these schedules (accounting for 55 Members) were limited to value-added or enhanced telecommunications services, including the schedules of the most important countries in the international telecommunications market. The major countries in the international telecommunications market did not make any notable limitations to their commitments on value-added services”. BRONCKERS, Marco; LAROCHE, Pierre. A review of the WTO regime for telecommunications services. *In*: ALEXANDER, Kern; ANDENAS, Mads (eds.). *The World Trade Organisation and Trade in Services*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008. p. 324.

⁴⁷⁶ Sobre o conteúdo do Anexo sobre Telecomunicações no âmbito da OMC, veja-se: “Por fim, o Anexo sobre Telecomunicações, que é parte integrante do GATS e aplica-se a todos os membros da OMC, exige que os países permitam, em termos razoáveis e não-discriminatórios, o acesso e uso de suas redes e serviços públicos de telecomunicações para a prestação de serviços intensivos em informação, como os bancários, de seguro ou de turismo”. GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 591.

⁴⁷⁷ Para um entendimento sobre a característica do Anexo sobre Telecomunicações no âmbito da OMC como uma espécie de seguro para serviços de outros setores, veja-se: “The AT is based on the recognition that telecommunications are an essential tool for other economic activities, such as banking. It therefore set forth certain principles to make sure that concessions on other services would not be frustrated by a lack of progress on telecommunications negotiations. In other words, the AT can be seen as a general insurance policy for suppliers of other services that they would have access to the requisite telecommunications networks and services in WTO countries. The AT does not contain or lead to any market access or national treatment obligation. It is not to be interpreted to require WTO Members to allow the provision of telecommunications services beyond the commitments they have already made in their respective schedules. The AT is only applied once a WTO Member has offered specific commitments in a given service sector. It is therefore comparable to the general GATS obligations which apply in addition to the specific commitments made in schedules”. BRONCKERS, Marco; LAROCHE, Pierre. A review of the WTO regime for telecommunications services. *In*:

Não obstante, reafirmando a importância do setor, um grupo de negociadores continuou trabalhando na temática após a celebração do GATS. Como consequência, em 1997 os países membros chegaram a um novo consenso, que gerou o Quarto Protocolo Anexo ao GATS, com novos compromissos específicos sobre as telecomunicações dos países. Os compromissos eram focados na liberalização da concorrência no setor⁴⁷⁸ e abrangiam acesso a mercados e tratamento nacional⁴⁷⁹. A grande maioria dos países membros também assumiu compromissos adicionais decorrentes de um *Reference Paper on Regulatory Principles* aplicáveis ao setor de telecomunicações⁴⁸⁰. Tais compromissos adicionais eram relativos à prevenção de condutas anticompetitivas, a regras sobre interconexão, à implementação de universalização de acesso de forma transparente, à divulgação de critérios de licenciamento, à criação e à instalação de autoridade reguladora autônoma e à alocação do espectro

ALEXANDER, Kern; ANDENAS, Mads (eds.). *The World Trade Organisation and Trade in Services*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008. p. 325.

⁴⁷⁸ Para um resumo deste Quarto Protocolo ao GATS, veja-se: “Em fevereiro de 1997, 69 Estados-membros da OMC, representando mais de 90% do tráfego internacional de telecomunicações, chegaram a um acordo final sobre a primeira etapa de liberalização do setor, elaborando, cada qual (os países da União Europeia elaboraram uma só lista), sua Lista de Compromissos Específicos. Embora os países-membros não estejam obrigados a liberalizar seus mercados ao mesmo tempo e ritmo, os compromissos assumidos vinculam os ofertantes, tonando difícil modificar ou retirar a oferta realizada”. GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. *Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações*. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 590.

⁴⁷⁹ Para um entendimento sobre estes compromissos adicionais assumidos através do *Reference Paper on Regulatory Principles*, veja-se: “Fifty-five schedules of specific commitments were attached to the Fourth Protocol, accounting for 69 countries, with the EC and its Member States presenting a single schedule. From these 55 schedules: Forty-seven schedules (for 61 countries) contained commitments to liberalize at least partially the provision of voice telephony. Two countries only committed to liberalize voice services to closed user groups. International voice services were liberalized in 42 schedules (56 countries), national long-distance services in 37 schedules (41 countries), and local services in 41 schedules (55 countries). A large number of commitments (for 25 countries), were phased in after the entry into force of the Fourth Protocol: for instance Spain (December 1998), Ireland, Portugal, Argentina and Singapore (2000), and Greece (2003); Forty-nine schedules (63 countries) included commitments on data transmission services, 41 schedules (55 countries) on leased lines, 46 schedules (60 countries) on cellular/mobile telephony services, 45 schedules (59 countries) on other types of services (mobile data, paging), 37 schedules (51 countries) on mobile satellite services or transport capacity and 36 schedules (50 countries) on fixed satellite services or transport capacity”. BRONCKERS, Marco; LAROUCHE, Pierre. A review of the WTO regime for telecommunications services. In: ALEXANDER, Kern; ANDENAS, Mads (eds.). *The World Trade Organisation and Trade in Services*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008. p. 328.

⁴⁸⁰ Sobre a relevância deste *Reference Paper on Regulatory Principles*, veja-se: “The most remarkable feature of the Fourth Protocol is undoubtedly that almost all participating countries (but for Ecuador and Tunisia) agreed to enter into additional commitments concerning regulatory principles to be applied in the telecommunications sector. These principles are derived from a brief Reference Paper (‘RP’), which was prepared by a group of countries in the run-up to the April 1996 deadline. Some countries (Bolivia, India, Malaysia, Morocco, Pakistan, the Philippines, Turkey and Venezuela) did not adopt the whole of the Reference Paper, while others (Bangladesh, Brazil, Mauritius and Thailand) have agreed to follow it at a later point in time. The purpose of the RP is twofold: to provide the requisite safeguards in domestic law for market access and foreign investment commitments to be truly effective, and to anchor these safeguards in the WTO system and hence make failure to implement them challengeable under the WTO Dispute Settlement Understanding”. BRONCKERS, Marco; LAROUCHE, Pierre. A review of the WTO regime for telecommunications services. In: ALEXANDER, Kern; ANDENAS, Mads (eds.). *The World Trade Organisation and Trade in Services*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008. p. 328.

eletromagnético. Tais obrigações previstas neste *Reference Paper*, porém, eram aplicáveis exclusivamente aos serviços básicos de telecomunicações, e não a todos os mercados dos países membros⁴⁸¹.

Como se observa, as disposições aplicáveis ao setor no âmbito da OMC tiveram claro intuito de possibilitar a liberalização da concorrência nos mercados nacionais dos países membros. Ainda que poucos países desde logo previssem uma abertura total de seus mercados de telecomunicações⁴⁸² e mesmo que aqueles países que já haviam iniciado movimentos internos de reformas no setor não assumissem muitas obrigações adicionais⁴⁸³, a celebração do GATS e do posterior Quarto Protocolo representaram importante passo para incentivar e contribuir com o início das reformas da disciplina do setor nos países, tal qual antes abordado. Entretanto, desde logo ficara claro que se tratava de um primeiro passo e que as autoridades antitruste e reguladoras dos países desempenhariam importante papel na implementação dos compromissos assumidos⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Sobre o foco e as limitações do referido *Reference Paper*, veja-se: “At the heart of the Reference Paper, however, are the provisions on interconnection (para. 2). Simply stated, the signatories have to ensure that interconnection with a major supplier in the domestic market can take place at any technically feasible point, on a timely basis, and under non-discriminatory terms, conditions and rates. Furthermore, the subscribing parties pledge that the quality of the connection provided will be no less favorable than that provided by the domestic supplier for its own services, and that rates will be cost-orientated, transparent and reasonable, having regard to economic feasibility, and will be ‘sufficiently unbundled’ so that a supplier is not required to pay for network components or facilities it does not need [...] The Reference Paper has a somewhat limited scope of application: it only applies to ‘basic telecommunications services’ which in turn means that ‘value-added telecommunications services’ are not covered”. BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. *The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law*. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 18.

⁴⁸² Sobre a abrangência do acordo firmado através dos mencionados documentos firmados na sistemática do GATS, veja-se: “These 69 members represent over 90 per cent of the world’s basic telecommunications revenues. The agreement aims at opening the markets of global telephone and satellite services to foreign competition, but among the signatories, only the EC, Japan and the US accepted a complete liberalisation of their markets from 1998 onwards”. BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. *The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law*. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 14.

⁴⁸³ Sobre a limitada eficácia do Quarto Protocolo ao GATS em relação aos países que já possuíam provisões específicas no setor e a maior relevância para os países que ainda precisavam iniciar as reformas no setor, veja-se: “Due to the relative shortness of the Fourth Protocol, it is imperative to examine a member’s Schedule of Specific Commitments and Lists of MFN Exemptions in order to find out the exact scope of its obligations. As far as the EC Member States are concerned, the likely impact of the Fourth Protocol will remain very limited given that it does not impose additional obligations when compared to the relevant EC law. However, the Protocol is of significant importance for EC based companies operating in other WTO members”. BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. *The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law*. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 16.

⁴⁸⁴ Entendendo que os acordos celebrados na OMC eram um importante primeiro passo na liberalização do setor nos países, mas que ainda era necessário um grande trabalho pela frente, veja-se: “From a telecommunications

Nesse sentido, destaca-se que, à época em que foi celebrado o Quarto Protocolo, havia uma grande expectativa de que, em seguimento, seria possível chegar-se a um entendimento no âmbito da OMC também em matéria de antitruste, o que, naturalmente, reforçaria a relevância da OMC na disciplina do setor, uma vez que complementaria as disposições específicas até então introduzidas. No entanto, como o tempo evidenciou, tal acordo em matéria de antitruste não foi atingido e está hoje bastante distante de se concretizar na OMC⁴⁸⁵. Como consequência, o papel da OMC no setor acabou ficando limitado àquelas disposições do GATS e dos demais documentos da época, inclusive do posterior Quarto Protocolo, ainda da década de 1990, e que contribuíram para o início das reformas nos países, atualmente já superadas, como exposto anteriormente. Tal explica, inclusive, o fato de, não obstante abranger os países com a quase totalidade das receitas globais do setor à época, somente ter sido suscitado e decidido um caso relevante envolvendo telecomunicações perante a OMC⁴⁸⁶.

Destarte, a OMC e os acordos celebrados em seu âmbito desempenharam relevante papel para iniciar as reformas na disciplina das telecomunicações nos seus países membros.

perspective, the Fourth Protocol marked the beginning of a new era, though its immediate impact should not be overestimated. For a number of significant players, like the EU and the United States, the Protocol essentially consolidated at the international level the liberalization movement to which they were already committed nationally. Other, notably developing, countries claimed long transitional periods or significant exceptions for their liberalization commitments. Furthermore, while the RP represents a useful recognition that the liberalization of monopoly sectors has to be accompanied by additional regulatory and competition law commitments, much unfinished business remains". BRONCKERS, Marco; LAROCHE, Pierre. A review of the WTO regime for telecommunications services. In: ALEXANDER, Kern; ANDENAS, Mads (eds.). *The World Trade Organisation and Trade in Services*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008. p. 369.

⁴⁸⁵ Para uma compreensão desta expectativa envolvendo uma perspectiva multilateral do direito da concorrência perante a OMC e dos motivos de seu insucesso, veja-se, por todos: JAEGER JUNIOR, Augusto. Direito internacional da concorrência. *Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁸⁶ O caso envolvendo telecomunicações no âmbito OMC trata-se de demanda promovida pelos Estados Unidos da América contra o México, entre 2002 e 2004, envolvendo o preço cobrado para interconexão de operadoras dos Estados Unidos da América à rede do México. Para um resumo do caso, dos argumentos apresentados pelas partes e dos fundamentos da decisão final, veja-se: "The panel found that the two elements of Mexican telecommunications policy at issue did constitute anti-competitive practices. The requirement that Telmex negotiate termination rates for international traffic on behalf of all its competitors on that market amounted to price-fixing, while the 'proportionate return' policy amounted to market-sharing. The panel then endorsed the US complaint that Mexico maintained measures that require Mexican telecommunications operators to participate in these anti-competitive practices. In so doing, the panel adroitly countered a clever Mexican appeal to the so-called 'sovereign compulsion defense' in many competition laws. Pursuant to this defense, a firm can defend itself by showing that its allegedly anti-competitive conduct was in fact mandated by legislation. Mexico argued that since its laws required Telmex and its competitors to engage in otherwise anti-competitive practices, these practices fell outside the scope of the RP. The panel answered that the GATS obligations, including the RP, were designed to limit the regulatory powers of the WTO Members. A WTO Member cannot hide behind its domestic law in order to erode unilaterally its international commitment to prevent major suppliers from continuing anticompetitive practices". BRONCKERS, Marco; LAROCHE, Pierre. A review of the WTO regime for telecommunications services. In: ALEXANDER, Kern; ANDENAS, Mads (eds.). *The World Trade Organisation and Trade in Services*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008. p. 345.

Igualmente, foram importantes para balizar a sistemática de aplicação do direito da concorrência e da regulação no setor, com as respectivas autoridades, notadamente quando da ruptura dos monopólios nacionais e do início das reformas no setor nos respectivos países. Ainda, pode-se destacar a relevância do aludido *Reference Paper*, que, na prática, acabava destacando a necessidade de um balanceamento entre a finalidade de liberação da concorrência e outras finalidades regulatórias específicas. Entretanto, com o avanço das reformas nacionais de disciplina do setor e com a ausência de novas disposições ou evoluções na OMC, esta experiência internacional e multilateral reduziu significativamente sua relevância e contribuição para o aprimoramento da disciplina das telecomunicações e, por consequência, para o que se propõe no presente trabalho.

§4º União Internacional de Telecomunicação (UIT)

A origem da UIT remonta ao ano de 1865, quando foi fundada a União Internacional de Telégrafos. Desde então, passou a abranger o telefone e as ondas de rádio, para transformar-se na UIT, propriamente, ainda em 1932. Em seguimento, em 1947, tornou-se a agência especializada em telecomunicações da ONU e seguiu acompanhando a evolução tecnológica, de maneira que, com as evoluções tecnológicas, passou a abranger televisão, satélites, telefonia celular, redes internacionais, redes de banda larga, internet, internet das coisas, etc⁴⁸⁷.

A UIT desenvolveu-se, especialmente, com foco no aprimoramento de critérios e de regras que possibilitassem um alinhamento entre os países em matérias de alocação de espectro e de interligação de redes internacionais⁴⁸⁸. A partir desta origem, ao logo de sua evolução, a UIT vem avocando uma competência mais ampla, de maneira a declarar como

⁴⁸⁷ Sobre a origem da UIT e sobre a sua formação, veja-se: “The ITU – which has its headquarters in Geneva – is the competent specialized agency of the UN in charge of telecommunications. The origin of the ITU can be traced back to 1865, when the International Telegraph Union was established by a convention signed in Paris. The actual International Communication Union was founded when the International Telecommunication Convention of 1932 merged the International Telegraph Union and the International Radiotelegraph Union. This convention has been revised several times since then. After an earlier attempt had failed at a conference in 1989, the 1992 Additional Plenipotentiary Conference at Geneva gave the ITU a completely new structure, preparing it for a world of liberalised telecommunications markets. These changes entered into force on 1 July 1994”. BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 20.

⁴⁸⁸ Sobre o foco original da UIT, veja-se: RYAN, Patrick S. The ITU and the Internet's Titanic Moment. *Stanford Technology Law Review*, v. 2012, n. 8, 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2110509>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

objetivos (i) estender cooperação internacional entre países membros para aprimorar o uso das telecomunicações de todos os tipos, (ii) promover a participação de entidades e organizações nos debates do setor, (iii) oferecer assistência técnica em matéria de telecomunicações a países em desenvolvimento, (iv) promover o desenvolvimento de tecnologias que assegurem eficiência ao setor, (v) expandir os benefícios de novas tecnologias para todo o mundo, (vi) harmonizar a atuação no setor em todo o globo e (vii) promover uma constante discussão global sobre o setor⁴⁸⁹.

Além dos países membros da ONU – que automaticamente integram a UIT – esta também ganhou força incorporando em seu âmbito entidades privadas e organizações civis do setor, que discutem e propõem solução para as situações que surgem⁴⁹⁰. Em matéria de instrumentos legais, para além dos documentos institucionais de constituição do órgão, a UIT também se utiliza de *soft law*, editando recomendações e relatórios com opiniões legais⁴⁹¹. Usualmente, tais atos podem se referir ao Setor de Normalização das Telecomunicações (sobre o funcionamento, a interoperabilidade e a integração dos sistemas de comunicação em todo mundo, inclusive de novas tecnologias), ao Setor de Radiocomunicações (sobre a utilização eficaz do espectro e os serviços de emergência) e ao Setor de Desenvolvimento das

⁴⁸⁹ Os objetivos da UIT estão previstos em sua Constituição. Para o inteiro teor da Constituição da UIT, veja-se: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Constituição da União Internacional de Telecomunicações*. Genebra: UIT, 2015. Disponível em: <<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollection/DocLibrary/5.21.61.en.100.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2018. art. 1º.

⁴⁹⁰ Sobre os méritos de a configuração da UIT permitir a participação de entidades privadas e de organizações da sociedade civil, veja-se: “Firstly, the advancing privatization and subsequent formation of multinational private telecommunications carriers inevitably puts pressure on a regulatory regime which is primarily based on intergovernmental structures. The ITU has reacted to these developments by, inter alia, creating new ways of integrating private companies into its decision-making framework. As far as terminology is concerned, the ITU acknowledged the importance of private entities by renaming the ‘small m members’ to ‘Sector Members’. Furthermore, the ITU tends to emphasize its importance as a forum for deliberate actions instead of trying to act as a regulatory agency”. BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 29.

⁴⁹¹ Sobre os atos editados pela UIT, veja-se: “In addition to these Administrative Regulations the ITU organs can use other instruments, for instance telecommunications standards which are passed by World Telecommunication Conferences as non-binding recommendations, a sort of ITU ‘soft law’. Nevertheless, these recommendations, which are considered to be ‘expert opinions’, exert strong influence on the behavior of the ITU members and any involved entity. Other forms of ‘ITU soft law’ are resolutions, decisions and reports which can be issued by the various development or radio conferences”. BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 27.

Telecomunicações (sobre a difusão do acesso de todos à infraestrutura e aos serviços do setor, combatendo o *digital divide*⁴⁹²).

À época da assinatura do GATS no âmbito da OMC, muitos passaram a abordar a UIT e a OMC em uma espécie de paralelismo, de maneira que a primeira remanescesse com a competência internacional em matéria de regulação de aspectos técnicos do setor e a segunda em matéria de concorrência nas telecomunicações⁴⁹³. Contudo, como visto, o transcurso do tempo evidenciou que não houve uma evolução em âmbito da OMC da temática antitruste para além do obtido no GATS e naquele consenso posterior. Ademais, quando suscitada discussão entre as competências da UIT e da OMC, prevaleceu entendimento sobre a competência daquela, em detrimento desta⁴⁹⁴.

Nesse contexto, a UIT passou a cada vez mais ampliar sua área de atuação, realizando discussões e editando atos sobre temáticas diversas do setor, e não apenas, necessariamente, sobre aspectos técnicos típicos daquelas competências originais de alocação de espectro e de interligação de redes internacionais. Em especial, a UIT vem adentrando a temáticas

⁴⁹² Para um entendimento básico sobre o *digital divide*, veja-se: “Promover la Sociedad de la Información significa poner a disposición todos los medios para acceder a ella. Normalmente los esfuerzos habrán de concentrarse en las personas menos favorecidas, tratando de evitar lo que se ha dado en llamar la ‘brecha digital’ (‘digital divide’), esto es, la separación existente entre quienes tienen acceso a las tecnologías electrónicas avanzadas y quienes no lo tienen”. ARINO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan Miguel; NORIEGA, Raquel. *Nuevo papel del Estado en sectores regulados. Las telecomunicaciones de banda ancha*. Colección Fundación DMR Consulting. Barcelona: Ediciones Deusto, 2005. p. 271-272.

⁴⁹³ Sobre o paralelismo cogitado entre a UIT e a OMC, veja-se: “Having considered all this, it remains to be seen how the dualism of the WTO and ITU in the fields of telecommunications will evolve in the future, and whether these two organisations are able to find a way not to interfere with each other’s work. At present it seems that the technical aspects of international telecommunications will continue to be dealt with in the framework of the ITU. This is in compliance with the above cited para. 7 of the GATS’ Annex on Telecommunications. The demarcation of the competences of both organisations could take place in the co-operation agreement suggested by the second ITU World Telecommunication Policy Forum and anticipated in para. 7 (2) sentence 2 of the Annex on Telecommunications”. BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 43.

⁴⁹⁴ Sobre prevalência da competência da UIT no setor, inclusive em caso concreto em que suscitada eventual competência da OMC, veja-se: “The GATS has not changed anything in the international telecommunications law as far as technical matters are concerned which is not surprising given that these matters are outside the scope of the GATS. The technical means of telecommunications, such as communication protocols and interconnection standards, are and will continue to be governed by the international law and regulations set by the ITU [...]. The overlapping jurisdiction of the WTO and the ITU over basic telecommunications became an issue when the United States tried unsuccessfully to negotiate the so-called accounting rate system in the WTO which was put in place by the ITU standards-setting body. This system is the traditional regime set up between telecommunications operators for providing international telephone services. It was developed when the market for basic telecommunications services was generally government owned world-wide and monopolized. The originating and the terminating operator each provide one half of the international circuit connecting their respective networks”. BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 38.

específicas de regulação econômica do setor, inicialmente com foco na disseminação de práticas regulatórias tidas como exitosas⁴⁹⁵ e, mais recentemente, de forma mais ampla, inclusive em questões visando à promoção da concorrência nos mercados e outros aspectos regulatórios relacionados a preços, interconexão e poderes das autoridades reguladoras⁴⁹⁶.

Manifestações claras desta ampliação de escopo e do foco em temáticas tipicamente regulatórias do setor, inclusive de atuação das autoridades nacionais reguladoras, são os simpósios globais para reguladores, promovidos anualmente pela UIT desde o ano 2000. Ao final de cada evento, é divulgado um “Guia das Melhores Práticas”, com recomendações direcionadas às autoridades reguladoras nacionais de telecomunicações sobre questões específicas da regulação setorial⁴⁹⁷.

Em sentido semelhante, a UIT sistematicamente realiza pesquisa e estudo sobre o ambiente regulatório no setor de telecomunicações dos respectivos Estados. Posteriormente, publica detalhado documento, registrando o contexto regulatório do setor em cada um dos países e traçando diretrizes do que sustenta ser o caminho regulatório mais adequado a ser

⁴⁹⁵ Sobre a ampliação do papel inicialmente previsto e desempenhado pela UIT, com foco especialmente em temáticas regulatórias mais amplas do setor, veja-se: “To its credit, the ITU has sought to respond to the challenge by adapting to the new environment. For instance, it recognized that private actors (who can become industry Members of the ITU and participate in its activities) played the leading role in operations and that governments should concentrate more on regulatory issues. It tried to produce meaningful reform of the accounting rate system, but the pace of reform may not be quick enough and the whole system might disappear, at least for communications between developed countries. The ITU took measures to speed up its standardization process to respond to market realities, and it has become a credible actor for standardization in areas such as ASDL, Voice over IP and 3G. It has also taken up the task of helping to set up and train regulators in developing countries, and to transfer regulatory expertise from developed countries to developing countries”. BRONCKERS, Marco; LAROCHE, Pierre. A review of the WTO regime for telecommunications services. In: ALEXANDER, Kern; ANDENAS, Mads (eds.). *The World Trade Organisation and Trade in Services*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008. p. 369.

⁴⁹⁶ A ampliação dos papéis avocados pela UIT não é imune a críticas. Para uma crítica a uma das iniciativas mais amplas em matéria de regulação iniciada pela UIT, veja-se: “There is no easy solution for the aforementioned problems or for the infirmities that the ITU suffers. To be sure, the ITU has done a great job of connecting (otherwise closed) national telecommunications networks together—and it’s done it for a very long time. The ITU understands how telecommunications networks operates, and the ITU has been an effective power broker among nations for a very long time. However, even if the ITU’s move into the Internet appears to be a foregone conclusion, Netizens should not sit idly back and let it happen without a fight”. RYAN, Patrick S. The ITU and the Internet’s Titanic Moment. *Stanford Technology Law Review*, v. 2012, n. 8, 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2110509>>. Acesso em: 01 nov. 2017. p. 36.

⁴⁹⁷ Para uma compreensão mais adequada do que consistem as guias de melhores práticas elaborados no âmbito da UIT, veja-se: “Regulating the ever-changing ICT sector is like aiming at a moving target. Developing and using best practices is the best way to fast-track our efforts to adapting to change and embracing new technologies to foster development and business. [...] GSR best practice guidelines have served throughout the years to increasing the body of regulatory knowledge and enable policy-makers and regulators to make sound and informed decisions. The topical and emerging issues addressed range from universal access to next-generation-networks migration, spectrum management, convergence, open access, cloud services, and from the evolving roles of both regulation and the regulators to now focusing on consumer protection in a digital world, for which this year’s consultation is in its final stage”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Collection of GSR Best Practice Guidelines: 2003-2013*. Genebra: UIT, 2015. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 4.

trilhado. No documento publicado em 2017⁴⁹⁸, o estudo envolveu a regulação das telecomunicações em 186 países. Adotando uma classificação em gerações de regulação⁴⁹⁹, a UIT aponta tendências regulatórias, criando uma pontuação para o quadro regulamentar do setor em cada país⁵⁰⁰. Ainda que não se trate de documentos vinculativos, consiste em significativa produção de *soft law*, que exerce influência direta na atuação das autoridades nacionais reguladoras⁵⁰¹.

Nesse compasso, observa-se que, ao contrário do que ocorreu com a experiência da OMC no setor, a experiência da UIT vem ampliando sua margem de influência nas telecomunicações, cada vez mais avançando sobre aspectos bem amplos da regulação setorial nos países. A disciplina introduzida ou recomendada pela UIT não se limita mais apenas a aspectos eminentemente técnicos do setor – como utilização de espectro, harmonização de padrões técnicos e interoperabilidade de redes internacionais, tal qual ocorria em sua origem – adentrando em questões regulatórias típicas, inclusive universalização na prestação de serviços, interconexão, funcionamento das redes, poderes e remédios disponíveis às autoridades reguladoras, hipóteses de atuação *ex ante* e relacionamento com outras autoridades com ingerência no setor (de antitruste e de defesa do consumidor, por exemplo).

⁴⁹⁸ Para o inteiro teor das conclusões do estudo do setor no mundo conduzido pela UIT em 2017, veja-se: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017.

⁴⁹⁹ Consoante preconizado pela UIT, até o momento podem ser identificadas cinco gerações de regulação das telecomunicações. A primeira, mais antiga, consistia na regulação dos monopólios. A segunda, no início da abertura da concorrência no setor, com a criação das autoridades setoriais. A terceira, em um ambiente já de parcial concorrência, um foco forte da regulação em possibilitar investimentos e inovações, bem como em promover a competição e a proteção do consumidor, ainda com atuação destacada *ex ante*. A quarta, na qual os Estados de marco regulatório mais avançados ora se encontrariam, seria marcada por uma regulação integrada, com foco no consumidor e em determinadas finalidades sociais. E a quinta, prospectiva, seria de uma regulação colaborativa, com uma perspectiva de regulação entre os setores, por uma rede de reguladores integrados, com foco muito centrado nos consumidores. Nesse sentido: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017. p. 76.

⁵⁰⁰ Sobre o relatório apresentado pela UIT e a definição de seu escopo, veja-se: “Over past decades the world has witnessed a digital revolution that is ushering in huge change. The rate of that change continues to accelerate challenging our governments and institutions to keep pace. The ICT regulatory landscape too is evolving and at an ever-increasing pace. This report measures and monitors changes taking place in the telecommunication/ICT market itself as well as in the regulatory environment. It identifies and analyses seven market trends and seven regulatory trends and takes an informed view on future regulatory direction. The report builds on extensive data captured in the ICT Regulatory Tracker”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017. p. 4.

⁵⁰¹ Para um exemplo desta influência da UIT sobre autoridades nacionais reguladoras do setor, veja-se o caso da influência exercida pela UIT sobre a ANATEL. Nesse sentido: “Cooperação Técnica Anatel/UIT: O Acordo de Cooperação Técnica entre a Anatel e a UIT, o Projeto 9-BRA/98/006, foi prorrogado por mais três anos e se estenderá até 31 de dezembro de 2019. Com a prorrogação, a Agência pretende desenvolver ações com enfoque, principalmente, em capacitação e consultoria”. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Relatório Anual ANATEL 2016*. jun. 2017. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 100.

§5º Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)

A OCDE foi fundada em 1961 centrada, em especial, na discussão, no desenvolvimento e no fomento de políticas econômicas e sociais. Com origem relacionada à reconstrução da Europa no Pós-guerra, recentemente tem priorizado sua atuação no auxílio técnico a países em desenvolvimento e aos novos países com economias de mercado⁵⁰². São países membros Estados democráticos de elevado desenvolvimento industrial. Não obstante, assim como verificado com a UIT, além dos países membros, também podem participar das discussões países não membros, organizações não governamentais e sociedades civis. Atuando com um modelo de produção de *soft law*, a OCDE realiza análises de mercados, apresenta relatórios e realiza recomendações nas temáticas de seu escopo⁵⁰³.

Em especial para o que guarda pertinência com a presente tese, um dos comitês específicos da OCDE é o Comitê de Direito e Política de Concorrência. Especialmente através da atuação deste Comitê, a OCDE reconhece que o antitruste não pode mais ser tratado apenas localmente, sendo necessário um intercâmbio e um diálogo entre os países. Nesse contexto, a OCDE tem constantemente atuado no intuito de contribuir para a cooperação entre as autoridades nacionais de concorrência. Ademais, nesta atuação, igualmente acabam sendo abordados, ainda que lateralmente, temas que foram reconhecidos como de competência de autoridades nacionais reguladoras no setor, consoante exposto nesta tese.

É exemplo desta atuação focada em política e legislação da concorrência a edição de recomendações sobre determinados temas específicos com implicação antitruste. Assim, exemplificativamente, desde 1971, foram editadas recomendações sobre (i) acompanhamento de condutas comerciais com efeitos restritivos à livre concorrência, (ii) dificuldades probatórias em matéria antitruste, (iii) política de concorrência em setores regulados, (iv) troca de informações sobre cartéis de exportação, (v) aplicação extraterritorial da legislação

⁵⁰² Sobre a origem da OCDE e a alteração no seu escopo mais moderno, veja-se: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência. Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 176. Em sentido semelhante: DOMINGUES, Juliana Oliveira. A OCDE e o seu papel na promoção internacional do direito da concorrência. In: MENEZES, Wagner (coord.). *Estudos de Direito Internacional*. vol. X. Curitiba: Juruá, 2007. p. 436-444.

⁵⁰³ Para uma análise básica da estrutura da OCDE, veja-se: DOMINGUES, Juliana Oliveira. A OCDE e o seu papel na promoção internacional do direito da concorrência. In: MENEZES, Wagner (coord.). *Estudos de Direito Internacional*. vol. X. Curitiba: Juruá, 2007. p. 436-444.

antitruste, (vi) trocas de informações entre autoridades nacionais da concorrência, (vii) combate a cartéis *hard core* e (ix) separação estrutural em mercados regulados⁵⁰⁴.

Adicionalmente, a OCDE publicou outros estudos e relatórios focados em questões antitrustes com implicações diretas para o setor de telecomunicações. São os casos, por exemplo, dos estudos sobre a definição de mercados relevantes no setor de telecomunicações⁵⁰⁵, os aspectos concorrenciais relacionados ao *big data*⁵⁰⁶ e as sucessivas apresentações de panoramas dos mercados de telecomunicações nos países⁵⁰⁷. Ainda, foram realizados estudos e recomendações específicas sobre aspectos regulatórios de determinados países, incluindo o setor de telecomunicações, como se observa de relatórios da OCDE relativos ao Chile⁵⁰⁸, à República da Coreia⁵⁰⁹ e ao México⁵¹⁰, por exemplo.

Destarte, apesar de não ter foco específico nas telecomunicações, verifica-se que a OCDE consiste em experiência internacional e multilateral com influência para a disciplina do setor. Não obstante, sua atuação resume-se ao desenvolvimento de *soft law* e, ainda assim, em um contexto com muito menor repercussão para o setor do que o da UIT antes abordado. Ademais, ainda que a OCDE almeje o estabelecimento de um acordo multilateral em matéria de direito da concorrência, que vincule os países membros, tal não é algo próximo de se tornar realidade⁵¹¹, como observado em relação a OMC. Ou seja, trata-se de experiência

⁵⁰⁴ Para uma análise mais detalhada destas Recomendações editadas pela OCDE, veja-se: DOMINGUES, Juliana Oliveira. A OCDE e o seu papel na promoção internacional do direito da concorrência. In: MENEZES, Wagner (coord.). *Estudos de Direito Internacional*. vol. X. Curitiba: Juruá, 2007. p. 436-444.

⁵⁰⁵ A saber: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Defining the Relevant Market in Telecommunications*. OECD, 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁵⁰⁶ A saber: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. OECD, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁵⁰⁷ Relativos aos anos de 2017 e 2011, por exemplo, a saber: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Digital Economy Outlook 2017*. OECD, 2018. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2018. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Communications Outlook 2011*. OECD, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

⁵⁰⁸ A saber: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Regulatory Policy in Chile: Government capacity to ensure high-quality regulation*. OECD Reviews of Regulatory Reform, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

⁵⁰⁹ A saber: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Regulatory reform in Korea*. OECD, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁵¹⁰ A saber: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Telecommunication and Broadcasting Review of Mexico 2017*. OECD, 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁵¹¹ Como referido, prevalece o entendimento de que não haveria viabilidade concreta de consenso para a celebração de um acordo multilateral do direito da concorrência internacional, apontando-se para a regionalização do seu enfrentamento. Nesse sentido, veja-se: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência. Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

inspiracional para o setor, que reforça a necessidade de foco na introdução de concorrência nos mercados, sem deixar de reconhecer a necessidade de regulação setorial, visando à finalidade específica, diferente e autônoma em relação ao desenvolvimento da concorrência.

Devidamente expostas as experiências regionais e internacionais com pertinência para a disciplina do setor selecionadas nesta tese⁵¹², é possível encerrar a primeira parte deste trabalho. Com efeito, na busca de identificar a finalidade específica central da disciplina das telecomunicações, com as consequências que daí decorram, iniciou-se a investigação pelos propósitos apontados ao direito da concorrência e à regulação setorial, analisados em separado. Nesse contexto, evidenciou-se que não há um consenso especificamente acerca das finalidades antitruste e regulatórias, havendo, porém, relevantes convergências. Em matéria antitruste, destacou-se a ampliação dos objetivos, sem aquela limitação puramente baseada em eficiência econômica, com abertura para o propósito de proteção do consumidor em um sentido lato (*well-being*), inclusive. No tocante à regulação, demonstrou-se que, em economias de mercado, a finalidade buscada pela regulação, em verdade, consiste em um equilíbrio ou um diálogo, entre, por um lado, a consecução ou a manutenção da concorrência e, por outro, o aspecto teleológico específico da regulação, sendo que este, ainda, varia conforme o setor a ser regulado.

Sabendo-se desta necessidade de análise específica das telecomunicações, a fim de se buscar a finalidade particular que há de ser equilibrada com a concorrência neste setor, partiu-se para a investigação de diferentes experiências de sua disciplina. A abordagem de

⁵¹² Como já realizado nas experiências nacionais, também neste capítulo não se pretendeu e nem seria possível ser exaustivo na análise implementada. Buscou-se analisar experiências regionais e internacionais, tanto exitosas, quanto limitadas em sua eficácia na disciplina do setor, com representatividade para a tese aqui proposta. Naturalmente, foram deixadas de fora desta tese, até mesmo pela limitação física, outras experiências também significativas. É o caso, por exemplo, da experiência da UAT, já referida anteriormente. Ainda, poderia ser abordado o caso da Rede Internacional da Concorrência (RIC), experiência internacional e multilateral que vem ganhando espaço com a contínua tendência de internacionalização do direito da concorrência. Ainda mais considerando a dificuldade de celebração de um tratado abrangente na temática, a RIC tem se apresentado como importante fonte de *soft law* em matéria antitruste. Nesse sentido, sobre os objetivos declarados da RIC, veja-se: “De acordo com a própria ICN, a missão de organização na próxima década consiste em encorajar a disseminação de quatro principais objetivos. Inicialmente, promover a disseminação da experiência da concorrência e best practices. Em segundo lugar, formular propostas para convergência de procedimentos por meio de uma estrutura e agenda voltada a resultados. Em terceiro lugar, apoiar advocacia pela concorrência. E, por fim, facilitar a cooperação internacional. Convergência se torna uma palavra chave: convergência de práticas, procedimentos, regras e abordagens. Mas como convergir em cenário de diversidade? Cabe a cada membro identificar em quais pontos a convergência é desejável, possível ou, até mesmo, necessária. Cabe também a cada membro analisar a possibilidade de ajustar as recomendações e melhores práticas sugeridas pela ICN. Por seu turno, cabe à ICN advogar em favor das suas atividades e materiais produzidos. Ou seja, provar a sua utilidade aos seus membros e auxiliá-los na sua implementação quando desta forma optarem”. SILVEIRA, Paulo Burnier; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. A segunda década da Rede Internacional da Concorrência: os desafios da promoção da convergência na diversidade. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, CADE, n. 1, maio 2013. p. 14.

experiências nacionais, internacionais e regionais evidenciou, novamente, que não existe, de plano, um consenso sobre esta finalidade a pautar a disciplina do setor. Como decorrência natural, foi possível constatar que, também, a forma de disciplina do setor, notadamente em relação aos papéis exercidos pelo direito da concorrência e pela regulação setorial, não é matéria pacificada.

Não obstante, mais uma vez, foi possível perceber aspectos convergentes. Assim, observou-se que a identificação mais clara de finalidades específicas da disciplina do setor facilita um tratamento mais objetivo e uniforme, aproximando a atuação das diferentes autoridades que intervêm nas telecomunicações. Vislumbrou-se, também, uma convergência nas experiências em relação ao objetivo de manter o setor e as redes plenamente funcionais, acessíveis e no interesse dos consumidores. Para tanto, questões como interconexão, acesso, terminação, portabilidade e universalidade (especialmente de acesso à internet com banda larga) usualmente são enfrentadas, de forma a assegurar que o setor funcione e seja acessível como um todo. E o tratamento destas questões, como se depreendeu, vem sendo realizado pela regulação setorial, não obstante o reconhecimento, em geral, de que o direito da concorrência também seja aplicável ao setor.

A partir destas investigações e com base nas constatações preliminares e ainda parciais que foram possíveis, inclusive dos aspectos convergentes antes referidos, passa-se à segunda parte desta tese. Tal parte tem como objetivo averiguar a hipótese de que, em diálogo e em equilíbrio com a consecução ou a preservação da concorrência no setor, a garantia de pleno funcionamento da rede virtual nas telecomunicações, acessível por todos, deva ser a finalidade específica essencial a ser buscada na disciplina setorial, com as consequências que decorram deste entendimento.

II - DEFININDO A FINALIDADE DA DISCIPLINA DO SETOR: A REDE VIRTUAL

Este capítulo, em particular, dedica-se à apresentação e à defesa do entendimento de que a obtenção, a manutenção e a garantia de uma rede virtual em pleno funcionamento e acessível a todos deva ser a finalidade específica da disciplina das telecomunicações.

Com efeito, dentre tantas lições possíveis, as investigações antes promovidas acerca do direito da concorrência, da regulação e das diferentes experiências de disciplina das telecomunicações evidenciaram a relevância de se apurar a finalidade buscada por qualquer ramo do direito ou quadro normativo, a fim de se possibilitar suas adequadas compreensão, interpretação e aplicação. Aliás, verificou-se que, especialmente em temáticas que suscitem tantas divergências quanto o antitruste e a regulação – e, por consequência, a disciplina das telecomunicações, historicamente pautada por ambos –, esta investigação teleológica é indispensável, a fim de possibilitar juízos lógicos, coerentes e justificados. Mesmo aqueles que diverjam acerca dos objetivos preconizados concordam que toda a formulação jurídica deva começar com a apuração de tais finalidades⁵¹³.

Consoante exposto, em economias de mercado, a busca ou a manutenção da concorrência nos mercados, conforme o caso, será sempre uma finalidade geral presente. Mesmo em países sem histórico de busca e de promoção da concorrência, mais recentemente têm reconhecido a relevância desta finalidade, como no caso da China, anteriormente abordado⁵¹⁴. Não obstante, como também demonstrado, em setores como o de telecomunicações, esta finalidade concorrencial dialoga com finalidades específicas do setor. Torna-se necessário, então, apreender qual deva ser esta finalidade específica da disciplina das telecomunicações, a dialogar com a finalidade da concorrência. Trata-se, como visto, do

⁵¹³ Consoante exposto, os entendimentos preconizados por Robert Bork e Maurice Stucke no que tange ao objetivo fundamental do direito da concorrência são opostos. O primeiro defendia uma visão restrita de bem-estar do consumidor (sob uma perspectiva essencialmente econômica). O segundo preconiza uma abertura do objetivo, inclusive para aspectos de ordem política e social. Não obstante, os dois, de forma expressa em suas obras, ressaltam a necessidade de iniciar o estudo da temática a partir da identificação da respectiva finalidade básica. Nesse sentido: BORK, Robert Heron. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1978. p. 50. STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 558.

⁵¹⁴ Não obstante haja um evidente movimento da China em direção à introdução da concorrência nos mercados, ainda há consideráveis restrições e limitações à concorrência, especialmente nos setores de maior relevância nacional, como é reconhecido ser o caso das telecomunicações. Para uma análise crítica da evolução do papel que o Estado desempenha na economia na China, veja-se: HUO, Zhengxin. A Tiger without Teeth: The Antitrust Law of The People's Republic of China. *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, v. 10, n. 1, 2011. Disponível em: <<https://www.hawaii.edu/aplpj>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 32-61.

ponto de partida de toda a disciplina do setor. A definição de uma finalidade pauta a aplicação da disciplina, esclarece quais sejam as prioridades no setor, orienta as autoridades sobre a eficácia de medidas adotadas, aumenta a transparência e facilita o debate entre diferentes autoridades, além de decisivamente auxiliar na adoção de decisões jurídicas⁵¹⁵. Especialmente em um contexto em que, como visto, haja dificuldade na definição dos objetivos tradicionais da regulação e do direito da concorrência estudados isoladamente, a busca da finalidade maior da disciplina das telecomunicações é ainda mais necessária para proporcionar um pouco de clareza em meio a tantas incertezas.

Aliás, como o estudo das experiências de disciplina do setor evidenciou, quando as reformas no setor eram precedidas de clara indicação das finalidades buscadas – como nos casos da Coreia⁵¹⁶ e da União Europeia⁵¹⁷, como visto – o conhecimento destes objetivos auxiliava na obtenção de maiores uniformidade e lógica na aplicação dos ajustes previstos. Já na ausência de uma definição clara das respectivas finalidades – como no caso de Botswana⁵¹⁸, com enorme multiplicidade de invocadas finalidades, ou no caso da neutralidade de rede dos Estados Unidos da América⁵¹⁹, sem qualquer indicação de finalidade precípua, permitindo sucessivas mudanças radicais de entendimento – a incerteza gerada dificulta uma evolução lógica da disciplina do setor.

Ademais, em toda e qualquer medida adotada na disciplina do setor, seja privilegiando a concorrência, seja introduzindo aspecto regulatório, seja, ainda, optando pela liberdade

⁵¹⁵ Como demonstrado por Dworkin, é intrínseca a relação entre finalidades, ou políticas, e os argumentos que produzem convicções fortes para a justificação de uma decisão jurídica. Nesse sentido: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Bloomsbury Academic, 2013.

⁵¹⁶ Um exemplo do anúncio prévio das finalidades buscadas no setor na experiência coreana é o Plano lançado em 2017, a saber: REPÚBLICA DA COREIA. *Mid-to long-term master plan in preparation for the intelligent information society: managing the fourth industrial revolution*. Interdepartmental Exercise. 2017. Disponível em: <<http://www.msip.go.kr>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁵¹⁷ Na União Europeia, desde a edição do primeiro Livro Verde prevendo o início da reforma no setor já foram fixadas as finalidades que seriam buscadas à época. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações*. COM(87) 290. 30 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵¹⁸ O marco regulatório de Botswana no setor prevê dezenas de finalidades para a disciplina setorial, o que, naturalmente, acaba dificultando a identificação das finalidades efetivamente relevantes. Nesse sentido: BOTSWANA. *Communications Regulatory Authority Act*, n. 19, 2012. An Act to provide for the creation of an independent regulatory authority, the Botswana Communications Regulatory Authority, for the regulation of the communications sector in Botswana, comprising telecommunications, internet and information and communication technologies, radio communications, broadcasting, postal services and related matters; and for matters connected or incidental thereto. Disponível em: <<http://www.bocra.org.bw>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

⁵¹⁹ Na ausência de uma indicação clara da finalidade buscada com a disciplina do setor nos Estados Unidos da América, especialmente na temática da neutralidade de rede, observou-se sucessivas e radicais mudanças na direção da regulação neste tocado. Para um detalhamento destas mudanças, veja-se: YOO, Christopher S. An unsung success story: A forty-year retrospective on U.S. communications policy. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 891-903.

completa dos mercados, haverá sempre um *trade off* envolvido⁵²⁰. Nesse compasso, é preferível que seja deixado mais claro quais valores estão envolvidos neste *trade off*, para o que a identificação da finalidade setorial que irá dialogar com a concorrência também se mostra relevante.

Outrossim, também para a aproximação ou a identificação dos princípios e regras que integram a disciplina legal do setor, assim como para sua aplicação⁵²¹, ou mesmo para ponderação entre valores e princípios⁵²² e para juízos de proporcionalidade⁵²³, o conhecimento da finalidade buscada é necessário. Não bastassem tais aspectos, observe-se que, independente do entendimento que venha a se adotar acerca da finalidade do direito da concorrência – se em uma visão mais estreita bem-estar do consumidor com viés de eficiência econômica (*welfare*) ou em sua visão mais ampla (*well-being*) – a identificação de finalidade específica para a disciplina do setor é igualmente relevante. Na primeira hipótese, como não será integrado objetivo político ou social ao antitruste, é claramente necessário que a finalidade seja albergada no tratamento das telecomunicações, a fim de orientar ao menos a atuação da autoridade regulatória e a aplicação da regulação, na ausência de qualquer indicação do antitruste. Já na segunda hipótese, ainda que seja fortalecida a tendência de inclusão de objetivos políticos e sociais também no direito da concorrência, ampliando a margem de decisão na aplicação do antitruste, é necessário o fortalecimento de definições e o

⁵²⁰ Para um entendimento sobre o *trade off* envolvido mesmo na decisão de deixar os mercados livres de qualquer intervenção regulatória, veja-se: STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 605.

⁵²¹ Conforme referido na primeira parte deste trabalho, com base na teoria dos princípios, tal qual estruturada por Humberto Ávila, o aspecto finalístico possui relação muito clara com a aproximação ao conteúdo dos princípios e com a diferenciação destes das regras. Ainda, também se mostra relevante o conhecimento da finalidade para a aproximação ao conteúdo de subprincípios, que podem ser depreendidos a partir de um sobreprincípio mais amplo e menos específico. Para um detalhamento desta teoria, em todo incorporada aos preceitos desta tese, veja-se: “A ponderação pressupõe a concorrência horizontal entre princípios, e nem todos os princípios mantem uma relação paralela entre si. [...] Em segundo lugar, nem todos os princípios se situam no mesmo nível: há princípios que se igualam por serem objeto de aplicação, mas se diferenciam por se situarem numa relação de subordinação, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito relativamente aos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da irretroatividade. Se um princípio é uma norma de execução ou concretização de outra, a relação entre elas não é de concorrência, mas de subordinação”. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 99.

⁵²² Sobre ponderação de valores e princípios e sua relação com aspectos teleológicos, veja-se: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

⁵²³ Como bem esclarece Humberto Ávila, a proporcionalidade pressupõe a adequação e a necessidade de um meio relativamente a um fim, de maneira que a finalidade desempenha importante função neste contexto. Nesse sentido: “A função desempenhada pelo fim para a formação da relação jurídica é que determina a relevância e a limitação da aplicação do dever de proporcionalidade”. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, jan.-mar. 1999. p. 169.

estabelecimento de padrões de conduta mais claros no setor, para o que o conhecimento da finalidade específica da disciplina das telecomunicações novamente é relevante⁵²⁴.

Esclarece-se, porém, que não se está a afirmar que o reconhecimento da existência de uma finalidade específica da disciplina das telecomunicações implica idênticos tratamentos jurídicos, ordenamentos e solução de casos concretos nos diversos países e processos de integração. Justamente o contrário, aliás. É pressuposto deste trabalho que a forma com que tal finalidade será incorporada ao ordenamento jurídico de cada país poderá ser diferente e variará de acordo com a configuração constitucional e o sistema jurídico de cada país, assim como dependerá dos direitos fundamentais e constitucionais que são assegurados. Inclusive, a depender, especialmente, do quadro constitucional adotado pelo respectivo país, tal finalidade poderá ser incorporada através apenas de princípios, imediatamente finalísticos e com menor determinação do comportamento esperado, e/ou mediante a adoção de regras, mediamente finalísticas e com maior determinação do comportamento devido⁵²⁵. Ainda, reconhecendo que se trata de um equilíbrio, ou, melhor, de um diálogo da finalidade setorial encontrada com a finalidade da concorrência, bem como com outros princípios e normas acolhidos pelo respectivo país, os quais naturalmente variam até mesmo a depender do papel que é reconhecido ao Estado na economia⁵²⁶, é muito claro que o resultado final em cada ordenamento será diverso.

⁵²⁴ Os cenários sobre o possível futuro do antitruste são analisados em detalhes por Maurice Stucke, que confirma a importância do conhecimento da finalidade setorial em qualquer deles. Nesse sentido: STUCKE, Maurice. Antitrust 2025. *CPI antitrust Journal*. v. 2. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1727251>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 10.

⁵²⁵ Novamente, socorrendo-se das lições e classificações de Humberto Ávila, resta claro que a definição das regras e dos princípios que podem ser relacionados à finalidade apurada depende de uma análise específica do ordenamento jurídico de cada país, de forma a possibilitar a aproximação aos princípios acolhidos por cada ordenamento e a identificação das regras aplicáveis. E aplicação de tais normas também vai depender destas características do ordenamento dos países. Nesse sentido: “Obviamente que a instituição (positiva) de normas com o qualificativo de princípios (disposição de princípios), ora fundamentais, ora gerais, estabelece uma hierarquia sintática e semântica entre normas, na medida em que atribui maior importância a alguns fins em detrimento de outros. E qualquer descrição que pretenda manter referência ao ordenamento em que essas normas estão instituídas não poderá desconsiderar essa hierarquia, pelo limite epistemológico que ela impõe. As disposições de princípios (p. ex. Constituição Federal, art. 1º) que se auto-qualificam de fundamentais, em vez de terem sua identificação decorrente de um juízo subjetivo de valoração, denotam uma propriedade empírica, que não pode ser desconsiderada pelo intérprete”. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, jan.-mar. 1999. p. 168.

⁵²⁶ Como foi possível observar das diferentes experiências de disciplina do setor investigadas na primeira parte deste trabalho, o papel que o Estado desempenha na economia varia a depender do país. Assim, desde uma participação mais centralizadora em termos de planejamento (como verificado na China e na República da Coreia), passando por atuação através de autoridade setorial sem autonomia (como verificado no Chile), até uma atuação direta como detentora da rede de fibra ótica e prestadora de serviços às demais operadoras (como no caso de Botswana), são diversos os papéis que o Estado ainda pode desempenhar, o que, naturalmente, irá impactar nas consequências que derivam da aplicação de normas relacionadas a uma mesma finalidade.

Ademais, a intensidade e a materialidade das consequências da incorporação da finalidade setorial ao respectivo ordenamento também variarão conforme o estado de desenvolvimento do país e do próprio setor, bem como dependerão do nível de concorrência que já existe nos respectivos mercados internos de telecomunicações⁵²⁷.

Destarte, trata-se da busca da finalidade específica da disciplina do setor, que é fundamental para a estruturação desta disciplina, sendo que, porém, naturalmente, esta irá variar conforme os demais aspectos pertinentes e específicos de cada país e/ou processo regional. Não obstante, tal não retira a importância da identificação deste aspecto teleológico; pelo contrário, apenas reforça esta busca, a fim de assegurar coerência ao tratamento de toda a temática setorial.

Nesse sentido, aliás, na década de 1990, ainda sob forte sombra do período marcado pelo monopólio público no setor – e em meio a este período em que muitos países estavam iniciando as reformas nas telecomunicações, como visto – já se destacava a necessidade de avanço na identificação da finalidade específica da disciplina do setor, reconhecendo-se que a abertura da concorrência, normalmente acompanhada de privatizações e de controle de preços, era um objetivo mais amplo e geral dos Estados⁵²⁸. Contudo, ainda que então fosse reconhecida a importância da superação dos monopólios, desde aqueles movimentos iniciais das reformas já havia uma clara preocupação com o funcionamento das redes, evidenciando a

⁵²⁷ Abordando a existência do que chama de lacuna de eficiência de mercado (*market efficiency gap*), estudo conduzido pelo Banco Mundial bem destaca como o nível de concorrência em um mercado impacta e define a disciplina do setor: “The market efficiency gap can be closed with a well-known set of policy and regulatory measures. These include the introduction of competition in all service segments and geographic areas, private provision of service (including privatization of the incumbent), developing a transparent and non-discriminatory regulatory environment and supporting the creation of independent regulatory authorities, capable of promoting a level playing field and enforcing the service commitments of both incumbents and new operators alike. No direct public financial investment is required to close the market efficiency gap”. BANCO MUNDIAL. *Telecommunications and Information Services for the Poor: Toward a Strategy for Universal Access*. Washington: Banco Mundial, 2002. p. 15.

⁵²⁸ Sobre as modificações demandadas nas finalidades buscadas no setor ainda na década de 1990, veja-se: “The strategies discussed in this chapter are designed to reflect the changing technological, policy, and financial environments of the 1990s. In particular, they are designed to reflect three themes: an awareness that telecommunications goals will be moving targets because of changes in technology and user needs; a broadening of the definition of ‘public interest’ beyond the simple assessment of price to customers, which is the indicator most often used in industrialized countries; an assumption that incentives are likely to be more successful than regulations in encouraging development-oriented investment, but that sanctions must be available if agreed-upon targets are not met. These themes of moving targets, public interest, and incentives with sanctions need to be incorporated in the policies that embrace privatization and liberalization if telecommunications services are to become universally accessible throughout the developing world”. HUDSON, Heather. Privatization and liberalization in the developing world: the need for innovative policies and strategies. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 200.

existência de uma finalidade setorial específica, a dialogar com a busca ou a manutenção da concorrência⁵²⁹.

Desde então, porém, as transformações observadas nos mercados e no setor como um todo foram imensuráveis, cada vez mais deixando em evidência a relevância deste para toda a sociedade. Como se defende neste trabalho, tais transformações configuraram e ressaltaram a finalidade específica a pautar a disciplina do setor e a dialogar com a busca da concorrência nos mercados.

Justamente por tais motivos é que, repita-se, este capítulo destina-se à identificação do funcionamento do que aqui se chama de rede virtual como a aludida finalidade específica da disciplina das telecomunicações. Em sequência, será realizada a análise das consequências que podem ser depreendidas deste entendimento, inclusive no que se refere aos papéis do direito da concorrência e da regulação e à solução de temas específicos que surjam ou remanesçam no setor.

A. Formulação

Pretende-se demonstrar que a consolidação de uma rede virtual deva ser a finalidade específica da disciplina das telecomunicações, a ser equilibrada e dialogada com a finalidade concorrencial típica das economias de mercado. Para tanto, a seguir, será apresentado o que se entende como rede virtual para fins desta tese, bem como serão abordadas as consequências que a aceitação deste conceito como a finalidade proposta traz para a disciplina do setor, inclusive, em seguimento, para apresentação dos papéis mais adequados para o direito da concorrência e para a regulação neste contexto.

⁵²⁹ Sobre a preocupação com o funcionamento de redes desde a superação dos monopólios, veja-se: “Não é por outra razão que um dos pontos mais sensíveis nos processos de quebra de monopólios é justamente aquele que trata de compartilhamento de redes (interconexão, remuneração por uso de redes ou exploração industrial e compartilhada de infra-estruturas). Aqui também se coloca a questão do equilíbrio entre competição e universalização e continuidade. A regulamentação do uso das redes do incumbente não deve ser tal que atenda apenas ao interesse do entrante (obrigando o incumbente a investir não para atender o beneficiário potencial da universalização, mas apenas para viabilizar a estratégia empresarial do competidor), comprometendo a universalização (em virtude quer da inversão nas prioridades de investimento, quer por subtrair drasticamente receitas do incumbente, inviabilizando a geração de receitas) e ou pondo em risco a continuidade (em virtude dos problemas de segurança e confiabilidade gerados por eventual falta de critérios nesse compartilhamento)”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 8, jan. 2001. p. 104.

A.1 Rede virtual

Consoante exposto ainda na introdução do presente trabalho, as telecomunicações possuem uma relevante característica dúplice: além de constituir uma atividade econômica específica, o setor também é um meio pelo qual inúmeras outras atividades se desenvolvem. A compreensão desta segunda característica e da relevância que cada vez mais adquire⁵³⁰ é essencial para o adequado tratamento do setor.

Como vem sendo referido e ressaltado desde a introdução deste trabalho, o constante e exponencial ritmo dos avanços tecnológicos e as crescentes velocidade de circulação e capacidade de processamento da informação no mundo conformam toda nossa sociedade, tornando as telecomunicações e as estruturas e redes que lhes dão suporte indispensáveis aos mais diversos aspectos da vida⁵³¹. Já é cada vez mais comum se observar a substituição

⁵³⁰ Alguns países e blocos já destacam esta relevância do setor há mais tempo, como se observa no caso da União Europeia, que, em 1987, já afirmava: “Information, exchanges of knowledge, and communications are of vital importance in economic activity and in the balance of power in the world today. Policy makers are therefore concentrating on ways of acquiring, processing, storing and transmitting information. Telecommunications is the most critical area for influencing the ‘nervous system’ of modern society. To flourish, it has to have optimum environmental conditions. In this respect, the convergence of telecommunications, computing and applications of electronics in general has now made possible the introduction of a wide variety of new services. The traditional form of organization of the sector does not allow the full development of the potential of these new services. In order to create an open and dynamic market in this area it therefore seems necessary to introduce regulatory changes to improve the sector environment. These changes should allow the full development of the supply of services and equipment, thus making it possible for industry to take full advantage of this potential”. UNIÃO EUROPEIA. *Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações*. COM(87) 290. 30 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017. par. 1.

⁵³¹ Investigando e apresentando os diversos impactos substanciais que as telecomunicações trazem para a vida atual em sociedade, em diferentes âmbitos e aspectos, a UIT inicia a apresentação das conclusões dos estudos conduzidos em 2017 com a seguinte constatação: “ICTs today constitute the underlying fabric of economic and social activity in countries around the world. Largely invisible, ICTs are so entrenched in communication protocols, production processes and transactions that both wireless communications and broadband are considered a utility. Consumers expect their availability, in the background, always-on, at highest quality levels. Countries such as Finland and Costa Rica have deemed access to fast Internet connectivity nothing less than a human right. Other countries like the US classify broadband as a public utility for regulation purposes. All this is a far cry from the early 1990s when telecom was an industry based on a physical network – landlines were commonplace and analogue mobile services were yet to explode. As a result, the fabric of our daily lives and how we as individuals interact with the agencies around us has changed beyond what could have been imagined mere decades back. Surfing on social media outlets on a city bus or streaming music at home characterize the new normality. A panoply of services is now within reach making physical distance and presence irrelevant. Increasingly online shopping is superseding taking a trip to the store – while shops themselves are disappearing. We have goods delivered at home or access them instantly online. Increasingly intellectual copyright – books, music, film – is bought and sold digitally making CDs, DVDs and paperbacks increasingly obsolete”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017. p. 17.

daquilo que era realizado no mundo físico pela sua realização apenas no mundo eletrônico ou virtual. Para muito além das simples conversas e contatos pessoais, empregos, negócios e mercados estão sendo transformados e substituídos. A maior rede varejista do mundo (*Walmart*) começou a diminuir o tamanho e a fechar lojas físicas, vendo-se cada vez mais ameaçada por um concorrente do mundo eletrônico (*Amazon*)⁵³², ao ponto de, ao final de 2017, aliar-se a outra gigante do mundo eletrônico (*Google*), na tentativa de encontrar um novo modelo de negócio que não dependa exclusivamente de lojas físicas⁵³³.

Em muitas jurisdições, já não é possível acessar o Poder Judiciário se não o for através de processo eletrônico, inexistindo processos físicos a serem manuseados⁵³⁴. Experiências com moedas eletrônicas, como a consagrada pela *M-Pesa* no Quênia desde 2007⁵³⁵, não param de crescer e se consolidar, sendo o recente fenômeno das criptomoedas apenas mais um capítulo desta evolução⁵³⁶. Movimentos sociais e críticos, assim como denúncias a violações ao estado democrático de direito e a outros direitos fundamentais também têm encontrado no mundo eletrônico seu principal meio de divulgação e, mesmo, de atuação⁵³⁷. Educação, saúde,

⁵³² Para detalhes sobre este fenômeno envolvendo *Walmart* e *Amazon*, bem como para outros exemplos em que o mundo físico é suplantado pelo mundo eletrônico, veja-se: EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 13.

⁵³³ A parceria entre *Walmart* e *Google*, anunciada em agosto de 2017, representará a estratégia daquela em relação à presença virtual, alterando significativamente a estratégia que até então adotava em relação aos concorrentes do mundo eletrônico. Nesse sentido, veja-se: WAKABAYASHI, Daisuke; CORKERY, Michael. Google and Walmart partner with eye on Amazon. *New York Times*, Nova York, 23 ago. 2017. p. B1.

⁵³⁴ A realidade brasileira envolvendo a virtualização de processos judiciais é mais do que suficiente para demonstrar este avanço, sequer demandando maiores detalhamentos.

⁵³⁵ Para informações e detalhes sobre a experiência da *M-Pesa* na introdução de moeda eletrônica no Quênia, veja-se: EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 13.

⁵³⁶ Sobre o crescimento de moedas eletrônicas e criptomoedas, veja-se: “At present, digital currencies are used as money to a limited extent and only for a relatively few people. However, the potential is enormous since such currencies could serve as money for anybody with an Internet-enabled device, such as a smartphone. Bitcoin was the first, and remains the largest, functioning digital currency. Launched in January 2009, it is a privately developed, Internet-based currency and payment system that requires no intermediaries (for example banks) for the processing of payments. Some analysts see that blockchain – the technology that powers Bitcoin – could decentralize record-keeping in the same way that the Internet has decentralized data. What is more, the Bank of England argues that the distributed ledger technology behind blockchain could mark a first attempt at an ‘internet of finance’. Some national central banks have begun developing their own digital currency. The People’s Bank of China (PBOC) has carried out trials of its prototype cryptocurrency to be used to buy anything from noodles to cars”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017. p. 146.

⁵³⁷ Destacando a relevância do acesso à internet também em movimentos sociais e para a manutenção do estado democrático de direito, veja-se: “The role that the Internet, and social networks in particular, played in the so-called Arab Spring movements inspired many people. What has been consistently observed in these movements is the Internet’s role in helping people to make democratic demands. And not only in Arab states: China, the country with the world’s largest population, has also been experiencing internal democratic changes in the age of the Internet – though it is surely not yet a full-blown democracy. As such, I propose that we approach evaluating the right to Internet access, if there is such a right, by investigating the interplay between Internet use and the

serviços públicos e cidadania são outros exemplos de áreas em que, muitas vezes, a atuação é realizada exclusiva e totalmente *on-line*, de maneira que a exclusão do mundo virtual, nestes casos, equivale a não poder participar de tais dimensões na sociedade⁵³⁸. Não surpreende, portanto, que o mundo virtual seja até mesmo identificado como mais uma etapa da evolução da comunicação humana⁵³⁹, sendo fundamental ao desenvolvimento, portanto.

Os exemplos são incontáveis e os mais abrangentes possíveis. Em comum, a constatação de que o não funcionamento adequado das telecomunicações em determinada região ou a sua não acessibilidade por determinado grupo de pessoas tem o condão de impactar negativamente de forma significativa nos mais variados aspectos da vida das pessoas. Com efeito, a sociedade da informação⁵⁴⁰ (ou, mesmo, a sociedade em rede⁵⁴¹) já existente se impõe sobre todos⁵⁴².

development of democracy”. WANG, Tom. *Human Right and Internet Access: a philosophical investigation*. Tese (Doutorado em Direito). Utrecht University, Utrecht, 2016. p. 192.

⁵³⁸ Para uma visão geral dos inúmeros aspectos impactados pela realidade do funcionamento do setor e para uma compreensão das consequências da não inclusão digital, veja-se: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (eds.). *The network society: from knowledge to policy*. Washington: Johns Hopkins Center for Transatlantic Relations, 2005.

⁵³⁹ Para um entendimento mais amplo sobre o que consiste o mundo virtual, e sobre sua importância relacionada ao desenvolvimento e à evolução da comunicação humana, direcionada a uma inteligência coletiva, veja-se, por todos: LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996.

⁵⁴⁰ Para um entendimento sobre a sociedade da informação e a sua relação com a valorização da pessoa, veja-se: “A sociedade da informação está ‘situada’ neste ambiente, porquanto os bens, objetos do tráfego jurídico em espaço caracterizado como desterritorializado, são virtuais, imateriais e indiscriminadamente utilizados para o ‘hiperincremento’ mercadológico global, que tenta justificar-se em bases próprias, unicamente por ordens espontâneas. Esses bens têm, contudo, cariz valorativo, axiomático e essencial e estão designados como dados (pessoais), informações e conhecimento científico vocacionados ao livre desenvolvimento da personalidade, por serem, sobretudo, fundamentais. [...] Estes se tornam notoriamente incapazes de responderem às expectativas e ansiedades de uma sociedade mais atenta aos riscos de origem tecnológica – incluindo os riscos associados ao uso das novas tecnologias da informação e da comunicação (cyber-crime; invasão da vida privada) e que reclama um mais amplo acesso à informação e à participação nas decisões que a afetam”. MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção à pessoa. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 96, nov.-dez. 2014. p. 226.

⁵⁴¹ Sobre o conceito de sociedade em rede, com o invocado novo modelo de Estado, designado de Estado de Vigilância, veja-se: “Neste ensaio adotamos a denominação Sociedade em Rede, vinculando-a, também, a um novo modelo de Estado, o assim designado Estado de Vigilância, uma forma de contaminação da democracia caracterizada pela intrusão dos governos e das corporações na liberdade e na privacidade de terceiros, sejam estes atores públicos ou privados. Todavia, quando falamos em sociedade em rede não desprezamos aquela atribuição típica: Sociedade da Informação (ou do Conhecimento)”. MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Sociedade em rede, internet e estado de vigilância: algumas aproximações. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, AJURIS, v. 40, n. 132, dez. 2013. p. 64. Adicionalmente, analisando as origens e as consequências da sociedade em rede, veja-se: CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação, economia, sociedade e cultura*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

⁵⁴² Destacando que a sociedade da informação já existe, sendo necessário garantir que todos possam participar desta, veja-se: “En sus primeros niveles, la Sociedad de la Información ya está entre nosotros. Está en Internet, está en la ubicuidad de los móviles, está en sus mensajes cortos, está en las comunicaciones corporativas, en las declaraciones fiscales ‘on line’... Lo que hay que hacer es simplemente, verla. No se trata de inventarla; eso no funcionaría. Si lo intentáramos, probablemente nos concentraríamos en cosas tales como el comercio electrónico, por la sencilla razón de que su utilidad parece obvia y ‘todos hablan de ello’, y, con toda seguridad,

Mesmo com toda esta relevância e com aumento das áreas impactadas pelo funcionamento do setor, o quadro global ainda é, no mínimo, problemático⁵⁴³. Nesse sentido, entre os anos 2007 e 2017, a UIT realizou amplos estudos e pesquisas de abrangência mundial no setor⁵⁴⁴, tendo criado um índice de desenvolvimento do setor – *ICT Development Index* (IDI) – o qual tem como objetivo medir a possibilidade de acesso à informação pelas pessoas, inclusive por meio da internet e de outras comunicações eletrônicas. Estas pesquisas revelam que ainda existe uma grande disparidade na acessibilidade às telecomunicações entre os países, não tendo sido observada uma diminuição efetiva no que se convencionou designar de *digital divide*⁵⁴⁵, sendo a superação deste, com o efetivo implemento da inclusão digital⁵⁴⁶, um dos desafios apontados para o setor⁵⁴⁷.

plantearíamos su avance en el momento inconveniente y por el camino inadecuado”. ARINO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan Miguel; NORIEGA, Raquel. *Nuevo papel del Estado en sectores regulados. Las telecomunicaciones de banda ancha*. Colección Fundación DMR Consulting. Barcelona: Ediciones Deusto, 2005. p. 267.

⁵⁴³ Assim constou do resumo do estudo conduzido pela UIT em 2017 sobre o panorama global do setor: “ICTs move center-stage as the digital economy gains momentum: With the rise of the Internet and mobile communications, ICTs increasingly power the global economy, rendering some markets obsolete and enabling the emergence of others. New efficiencies and opportunities trigger important developments in industry and science – hardly any area of economy and society is untouched. And yet, the global picture remains mixed: while mobile has grown hugely, large populations still have no access to the Internet. This looks set to change as a growing swathe of urban young in developing countries make new demands for future connectivity”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017: Executive Summary*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 5.

⁵⁴⁴ São exemplos destas pesquisas conduzidas pela UIT: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Measuring the Information Society Report 2016*. Genebra: UIT, 2016. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 01 nov. 2017. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Measuring the Information Society 2011*. Genebra: UIT, 2011. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 01 dez. 2017. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *The World Information Society Report 2007*. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵⁴⁵ Sobre a evolução do *digital divide* ao longo dos anos, vejam-se as conclusões do mais recente estudo conduzido pela UIT: “Nearly all countries improved their IDI values over the last year, but great disparities continue to exist between more and less connected countries. The average IDI value rose by 0.20 points to 4.94 points (out of 10), with smaller increases at the top and at the bottom of the list. The gap between the highest and lowest performing countries – one measure of the digital divide – remained almost unchanged, at 7.76 points in IDI 2016”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Measuring the Information Society Report 2016*. Genebra: UIT, 2016. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁵⁴⁶ Sobre a inclusão digital e a sua relação na eficácia das relações humanas, veja-se: “A inclusão digital se tornou indispensável aos indivíduos, por sua perspectiva infinita e proveitosa de utilização. Todo ser humano deve estar conectado. A inclusão digital tem um valor que deve ser usado pelas pessoas como um verdadeiro direito fundamental. Nessa perspectiva, a inclusão digital se torna relevante para produzir eficácia nas relações humanas. Garantir que as pessoas tenham idêntico acesso às tecnologias digitais deve ser uma alta prioridade para qualquer Estado que queira competir na economia global. Aqueles que são incluídos digitalmente, geralmente, são mais rápidos na análise de uma informação e mais tolerantes com a diversidade do que os outros”. MALHEIRO, Emerson Penha. A inclusão digital como direito fundamental na sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*, v. 987, jan. 2018. p. 50.

⁵⁴⁷ Para um entendimento acerca da necessidade de se buscar no setor a superação do *digital divide*, veja-se: ARINO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan Miguel; NORIEGA, Raquel. *Nuevo papel del Estado en*

Com efeito, até o momento, as reformas realizadas na disciplina do setor, algumas das quais abordadas na primeira parte deste trabalho, apesar de terem méritos especialmente na ruptura dos monopólios e na introdução da concorrência nos mercados, não foram suficientes para a superação de tais questões e disparidades do setor. E nem poderia ser diferente, uma vez que, como reconhecido na maioria das experiências, a introdução da concorrência nos mercados era meramente um primeiro objetivo preliminar, e não a finalidade efetiva das reformas⁵⁴⁸. Como visto igualmente ao abordar as experiências de disciplina do setor, havia – e há – uma preocupação constante com o funcionamento das redes do setor, para que estas não se tornassem fragmentadas, a partir do ingresso de novos atores nos mercados e da introdução de novas tecnologias.

Até mesmo porque os Estados já declaram há bastante tempo⁵⁴⁹ desejar extrair o máximo das redes e desta fundamental estrutura de informação, uma vez que, em decorrência da referida segunda característica do setor, tal possibilita avanços nos aspectos comercial, pessoal, de inovação tecnológica, industrial, de cidadania, etc⁵⁵⁰. Mesmo organismos e instituições internacionais não especializadas no setor, como o G20 e o Banco Mundial,

sectores regulados. Las telecomunicaciones de banda ancha. Colección Fundación DMR Consulting. Barcelona: Ediciones Deusto, 2005. p. 271-272.

⁵⁴⁸ Reconhecendo que a abertura dos mercados era apenas uma finalidade e uma etapa preliminar e intermediária das reformas no setor, veja-se: “Yet liberalization of physical entry is not the end of the story, only its beginning. Competition begets diversity; diversity begets complexity; and complexity leads to efforts at simplification. Thus, the challenge is how the actual user of telecommunications will handle an environment that is so different from the technologists’ model of the single superpipe. How can the numerous network pieces be integrated into a usable whole? There are several ways to do so”. NOAM, Eli M. Beyond liberalization: from the network of networks to the system of systems. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 18, n. 4, 1994. p. 288.

⁵⁴⁹ Sobre o reconhecimento da necessidade de constituição de redes efetivas no setor ainda na década de 1980, veja-se: “In 1984, the Maitland Commission noted that telecommunications was a ‘missing link’ in much of the developing world. A decade later, policy makers were calling for a ‘Global Information Infrastructure’ that will link everyone into a worldwide network, or more likely, a network of networks. Yet a majority of individuals and whole communities in the developing world still have no access to telecommunications. And where telecommunications facilities exist in developing regions and remote parts of the industrialized world, limited capacity and unreliability may leave users decades behind their better-equipped counterparts who are able to take advantage of converging technologies and new services”. HUDSON, Heather. Privatization and liberalization in the developing world: the need for innovative policies and strategies. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 191.

⁵⁵⁰ Reconhecendo a importância do funcionamento das redes e destacando a preocupação dos reguladores em garantir este funcionamento a partir das reformas promovidas, veja-se: “I see the regulators’ task as trying, as best as possible, to foster the vibrancy and health of the part of the nation’s public infrastructure called its information networks. Information networks make possible a large range of activities — commercial, such as corporate meetings; political, such as news distribution; and purely personal; such as the planning of birthday parties and happy hours. Networks also catalyze innovation, both in the network itself, and in activities that depend on the transport network, from voice communications through online travel agents. A chief goal of telecommunications policy, in this view, is to maximize the value of the information networks as a catalyst for all these activities”. WU, Tim. Why Have a Telecommunications Law? Anti-Discrimination Norms in Communications. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, v. 5, 2006. p. 20.

também posicionam-se pela importância do funcionamento e do acesso às redes⁵⁵¹ e do seu impacto na redução da pobreza e no aumento da circulação do conhecimento⁵⁵².

Ou seja, ao mesmo tempo em que há disparidades e pontos de estrangulamento na utilização plena do setor, há um consenso preponderante em relação à sua relevância, especialmente no que toca ao funcionamento como um todo das redes necessárias para assegurar a mais ampla comunicação e o efetivo acesso à informação, notadamente com internet de alta velocidade. Não por outro motivo que, já há algum tempo, tem se observado grande preocupação de inúmeros países⁵⁵³ em assegurar tal acesso, especialmente, mais recentemente, através de redes de banda larga e redes de acesso da próxima geração.

Diversos países e processos de integração igualmente instituíram programas específicos para estimularem o acesso à internet com banda larga, como visto. A União Europeia, como visto, vem implementando sucessivos planos e programas neste sentido, como se observa dos abordados⁵⁵⁴ Planos *eEurope 2005*⁵⁵⁵, *i2010*⁵⁵⁶ e *Europa 2020*⁵⁵⁷,

⁵⁵¹ Assim se posicionou o G20 sobre o *digital divide* e a necessidade de seu enfrentamento, inclusive com garantia de funcionamento e de conectividade das redes: “The G20 countries recognize that digital infrastructure is fundamental to digitalisation yet not everyone has the same opportunities to connect for access. Digital divides persist across income, age, geography, and gender. Therefore, we reaffirm our commitment made in Hangzhou to the Connect 2020 Agenda’s goal of connecting the next 1.5 billion people by 2020 and will encourage the domestic deployment of connectivity to all people by 2025, in accordance with the respective nation’s strategic and developmental policy frameworks. With regard to improving connectivity infrastructure, we welcome policy and regulation that promote competitive environment in order to encourage private sector investment”. G20. *G20 Digital Economy Ministerial Declaration: shaping digitalisation for an interconnected World*. Dusseldorf: BMWi, 2017. Disponível em: <<http://www.g20.org>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

⁵⁵² Sobre a importância do setor e da garantia de seu funcionamento para fins de redução da pobreza, veja-se: “Access to information, and ultimately knowledge, plays a crucial role in improving the living conditions of the poor. Information and communications technologies (ICTs), in particular telecommunications and information services, as tools for access to and processing of information, are therefore key to poverty reduction. Access to telecommunications and information services, and to ICTs in general, provides crucial knowledge inputs into the productive activities of rural and poor households; makes large regional, national, and even global, markets accessible to small enterprises; and increases the reach and efficiency of the delivery of government and social services. Furthermore, access to ICTs gives the poor a voice, with which they can influence the decisions of policy-makers, and allows them to participate in the decision-making process”. BANCO MUNDIAL. *Telecommunications and Information Services for the Poor: Toward a Strategy for Universal Access*. Washington: Banco Mundial, 2002. p. 20.

⁵⁵³ Sobre os principais motivos para países assegurarem o acesso à internet por banda larga, veja-se: “Broadband has been referred to as the infrastructure of the knowledge economy. Countries around the world have appointed broadband networks as crucial infrastructure for achieving their social, economic and scientific goals”. LEITE, Fabio. The rise of wireless broadband. *InterComms International Communications Project*, 2004. Disponível em: <<http://www.intercomms.net/FEB04/content/itu.php>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁵⁵⁴ Em verdade, a sistemática de divulgação de planos na União Europeia, previamente à realização de reformas, ocorre há mais tempo do que os planos anteriormente citados. Para exemplo de plano específico do setor ainda da década de 1990, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Europe’s Way to the Information Society. An Action Plan. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*. COM(1994) 347. 19 jul. 1994. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵⁵⁵ O *eEurope 2005* foi um Programa lançado através da Comunicação número 263, de 2002. Para o inteiro teor do documento, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu,*

reconhecendo a necessidade de uma rede totalmente interconectada e funcional estar à disposição de todos⁵⁵⁸. Também, na República da Coreia – que por anos vem sendo apontada como a líder no setor – há décadas, como ressaltado, vêm sendo desenvolvidos e executados planos neste sentido, sendo o mais recente o destinado a criar uma “rede superconectada centrada em serviços e dados”⁵⁵⁹, justamente por reconhecer os potenciais que uma rede funcional proporciona para a sociedade. Nas demais experiências investigadas neste trabalho, igualmente, existem planos semelhantes sendo desenvolvidos, consoante destacado. Em verdade, conforme levantamento realizado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL)⁵⁶⁰, em 2013, cento e trinta e quatro países já haviam adotado planos nacionais de banda larga através de regulação específica. Em sentido semelhante, a UIT também divulgou estudo contemplando uma análise de tais planos em diferentes países⁵⁶¹.

Comité Económico e Social e Comité das Regiões e Europa 2005: uma sociedade da informação para todos. COM(2002) 263. 28 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵⁵⁶ O Plano *i2010* foi lançado através da Comunicação número 229, de 2005. Para o inteiro teor do documento, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *i2010 – A European Information Society for growth and employment*. COM(2005) 229. 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵⁵⁷ Através da Comunicação número 2020, de 2010, a Comissão desenvolveu o Europa 2020, no qual divulgou os objetivos que deseja atingir até o ano de 2020, inclusive envolvendo o setor. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europa 2020. Estratégia para o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. COM(2010) 2020. 03 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

⁵⁵⁸ Reconhecendo a necessidade de manutenção de uma rede efetiva e funcional no espaço europeu, evitando-se fragmentação e se buscando a criação de uma rede única na União Europeia, veja-se: “Os Estados-Membros e a Comissão, trabalhando lado a lado, devem redobrar esforços para evitar a fragmentação do mercado e promover soluções TIC escolhidas de comum acordo. São necessários mais esforços para promover a livre circulação do conhecimento e da inovação no mercado único – a ‘quinta liberdade’, por assim dizer. O mercado único pode constituir uma plataforma para a dinamização da inovação na Europa: incentiva a propagação das novas tecnologias em toda a União Europeia; presta-se à constituição de redes – virtuais e reais – e estimula o desenvolvimento de um sector de logística sofisticado, que permite a gestão integrada dos fluxos de mercadorias, energia, informação, serviços e pessoas; e facilita o intercâmbio de conhecimentos através da mobilidade dos trabalhadores, investigadores e estudantes”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: um mercado único para a Europa do século XXI*. COM(1007) 724. 20 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017. p. 9.

⁵⁵⁹ Para o inteiro teor do Plano proposto pela Coreia em 2017, veja-se: REPÚBLICA DA COREIA. *Mid-to long-term master plan in preparation for the intelligent information society: managing the fourth industrial revolution*. Interdepartmental Exercise. 2017. Disponível em: <<http://www.msip.go.kr>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁵⁶⁰ Sobre planos nacionais de incentivo à banda larga, assim constou de levantamento realizado pela CEPAL: “In the last few years, policies to promote access to telecommunications services have focused on strengthening the broadband structure by implementing national broadband plans which, with different strategies (legislation, policy frameworks and financing mechanisms, among others), seek to translate the positive effects of broadband into economic growth, competitiveness and innovation. In 2013, 134 countries had national plans; and 17 countries in the region adopted such plans between 2010 and 2013”. COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. *The new digital revolution: from the consumer internet to the industrial internet*. Santiago: United Nations, 2016. Disponível em: <<http://www.cepal.org>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

⁵⁶¹ Para exemplos e informações de planos de incentivos ao acesso à internet com banda larga em dezenas de países, incluindo Índia, Estados-membros da União Europeia, Tailândia, África do Sul, República Dominicana, Madagascar e Argélia, veja-se: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT*

Ademais, alguns países já passaram a reconhecer expressamente no respectivo ordenamento interno, em sede constitucional e legal, o direito de seus cidadãos de terem acesso às telecomunicações, inclusive à internet de banda larga⁵⁶². Em sentido semelhante, em maio de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da ONU publicou relatório, não vinculante, reconhecendo que o acesso à internet possibilita o pleno exercício de diversos direitos humanos⁵⁶³. Mais recentemente, em 2016, tal Conselho emitiu nova manifestação, não vinculante, conclamando que Estados atuem para o desenvolvimento de redes de telecomunicações e condenando medidas que impeçam o acesso à informação, inclusive à internet⁵⁶⁴. Já há, inclusive, quem fundamentadamente questione a inclusão do acesso à

Regulatory Outlook 2017. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017. p. 138.

⁵⁶² Sobre o acesso às telecomunicações estar se tornando direito reconhecido internamente nos países, veja-se: “ICTs today constitute the underlying fabric of economic and social activity in countries around the world. Largely invisible, ICTs are so entrenched in communication protocols, production processes and transactions that both wireless communications and broadband are considered a utility. Consumers expect their availability, in the background, always-on, at highest quality levels. Countries such as Finland and Costa Rica have deemed access to fast Internet connectivity nothing less than a human right”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017. p. 32. Em sentido semelhante, destacando a experiência do Equador, veja-se: “The new Ecuadorian Constitution signed into law on 28 September 2008 states that all people are entitled to ‘universal access to information and communication technologies’ and protects ‘the creation of social media, equal access to radio spectrum for managing public, private and community radio and television stations, and free bands for the operation of wireless networks’ (for internet access)”. ASSOCIATION FOR PROGRESSIVE COMMUNICATIONS. *Progress report 2004-2008*. APC, jul. 2009. Disponível em: <https://www.apc.org/sites/default/files/APCProgressReport2004-8_EN_4.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018. p. 18.

⁵⁶³ Assim constou nas conclusões do referido relatório de responsabilidade do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas: “Unlike any other medium, the Internet enables individuals to seek, receive and impart information and ideas of all kinds instantaneously and inexpensively across national borders. By vastly expanding the capacity of individuals to enjoy their right to freedom of opinion and expression, which is an ‘enabler’ of other human rights, the Internet boosts economic, social and political development, and contributes to the progress of humankind as a whole. In this regard, the Special Rapporteur encourages other Special Procedures mandate holders to engage on the issue of the Internet with respect to their particular mandates. The Special Rapporteur emphasizes that there should be as little restriction as possible to the flow of information via the Internet, except in few, exceptional, and limited circumstances prescribed by international human rights law”. LA RUE, Frank. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/17/27. 16 maio 2011. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018. cap. 1.

⁵⁶⁴ Assim constou nas conclusões desta mais recente manifestação com origem na ONU: “The Human Rights Council, guided by the Charter of the United Nations, [...] 2. Recognizes the global and open nature of the Internet as a driving force in accelerating progress towards development in its various forms, including in achieving the Sustainable Development Goals; 3. Calls upon all states to promote and facilitate international cooperation aimed at the development of media and information and communication facilities and technologies in all countries; [...] 5. Affirms also the importance of applying a comprehensive human rights-based approach in providing and in expanding access to Internet and requests all States to make efforts to bridge the many forms of digital divides; [...] 10. Condemns unequivocally measures to intentionally prevent or disrupt access to or dissemination of information online in violation of international human rights law and calls on all States to refrain from and cease such measures”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Human Rights Council Oral Revisions of 30 June*. A/HRC/32/L.20. 30 jun. 2016. Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

internet como um direito humano a ser protegido na ordem internacional⁵⁶⁵, ainda que não exista tal disposição expressa nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos. Sustenta-se, assim, que o acesso livre à rede (e, mais especificamente, à internet) integraria os direitos comunicativos básicos da pós-modernidade⁵⁶⁶, os quais, por sua vez, integrariam o núcleo dos direitos humanos⁵⁶⁷.

Tais iniciativas e este reconhecimento da importância de as redes funcionarem e estarem à disposição de todos alinham-se com os entendimentos mais contemporâneos acerca do próprio conceito de desenvolvimento, que o definem de uma forma mais ampla⁵⁶⁸ e dentro de uma concepção de liberdade⁵⁶⁹. Reconhece-se, ainda, que o conhecimento e a informação –

⁵⁶⁵ Para um exemplo de tais estudos aprofundados e fundamentados, apontando para o acolhimento do direito ao acesso à internet dentro dos direitos humanos protegidos internacionalmente, veja-se: WANG, Tom. *Human Right and Internet Access: a philosophical investigation*. Tese (Doutorado em Direito). Utrecht University, Utrecht, 2016.

⁵⁶⁶ A comunicação tem intrínseca ligação com a pós-modernidade e o diálogo das fontes, tal qual preconizado por Erik Jayme, revelando sua fundamental importância no mundo atual. Nesse sentido: JAYME, Erik. *Le Droit International Privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*. *Recueil de Cours*, Haia, Martinus Nijhoff Publishers, v. 282, 2000. p. 9-40.

⁵⁶⁷ Para um entendimento sobre direitos comunicativos, com a consequente identificação do acesso às redes (e à internet) como um invocado núcleo dos direitos humanos na pós-modernidade, veja-se: “Entende-se por ‘direitos comunicativos’ o conjunto dos direitos relativos a quaisquer formas de expressão ou de recebimento de informações. [...] Não se trata apenas de assegurar a liberdade de expressão, de opinião ou de imprensa, mas de garantir, sobretudo, que o meio para se chegar à expressão do conhecimento (que é, em última análise, a comunicação) seja exercido livremente e sem embaraços, quer no que tange às liberdades artísticas e literárias, à liberdade de proceder a uma investigação científica ou à liberdade de ensinar e ser ensinado etc. [...] Nesse sentido, o acesso livre à internet para todos os cidadãos torna-se um dos direitos humanos mais importantes do mosaico de direitos comunicativos da pós-modernidade. [...] À medida que a internet representa uma ferramenta da liberdade de expressão e do exercício da cidadania, tem-se que o seu acesso há de ser completamente livre a todos os cidadãos (independentemente de permissão ou autorização do Estado). Essa liberdade de acesso à rede pertence, hoje, ao núcleo essencial dos direitos humanos, pelo que se condena qualquer ato arbitrário do Estado capaz de limitar ou impedir o seu pleno exercício”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento*. *Revista do Tribunal*, v. 960, out. 2015. p. 252.

⁵⁶⁸ Mahbud Ul Haw foi um dos precursores na defesa de um entendimento de desenvolvimento em um sentido mais amplo, incluindo o aumento do poder de escolha das pessoas: Nesse sentido: “The basic purpose of development is to enlarge people's choices. In principle, these choices can be infinite and can change over time. People often value achievements that do not show up at all, or not immediately, in income or growth figures: greater access to knowledge, better nutrition and health services, more secure livelihoods, security against crime and physical violence, satisfying leisure hours, political and cultural freedoms and sense of participation in community activities. The objective of development is to create an enabling environment for people to enjoy long, healthy and creative lives”. UL HAQ, Mahbud. *The Human development paradigm*. In: SECONDI, Giorgio (ed.). *The development economics reader*. Nova York: Routledge, 2008. p. 28-33.

⁵⁶⁹ Aprimorando esse conceito mais amplo de desenvolvimento, Amartya Sen adquiriu grande relevo com sua concepção de desenvolvimento como liberdade: “O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdade substanciais, argumenta-se aqui, é constitutiva do desenvolvimento”. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10. Especificamente sobre os efeitos de reformas nas telecomunicações no desenvolvimento dos países, dentro desta concepção de desenvolvimento como liberdade: MORAES, Ricardo Leal. *Implementação da concorrência no setor de telecomunicações e desenvolvimento: uma análise da experiência comunitária*. In: BARRAL, Welber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (orgs.). *Integração Regional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 237-250.

necessários para o desenvolvimento – igualmente dependem de um acesso amplo e irrestrito às telecomunicações⁵⁷⁰. Aliás, tais entendimentos acerca do desenvolvimento, e da própria dignidade humana⁵⁷¹, também evidenciam que a concepção de bem-estar de qualquer indivíduo necessariamente depende de um fornecimento adequado de determinados bens públicos e privados⁵⁷². E, diante das referidas transformações da sociedade, em que os bens públicos e males públicos globalizam-se⁵⁷³, há quem chegue a afirmar⁵⁷⁴ que as redes de telecomunicações deveriam ser tratadas sob a ótica de bens públicos globais⁵⁷⁵.

Mesmo que não se reconheça a inclusão da temática no rol de direitos humanos, bem como que se constate não estarem presentes requisitos para tal caracterização como um bem público global, é muito claro que o setor é e será cada vez mais vital para a sociedade como um todo. Desde os primeiros movimentos de abertura do mercado, passando pelas diversas experiências de disciplina do setor, pelos inúmeros planos que vêm sendo colocados em prática e pelos reconhecimentos e tratamentos que o setor vem recebendo em âmbitos nacionais, regionais e internacional, observa-se que o aspecto central que se deseja estabelecer e proteger deriva daquela segunda característica que as telecomunicações possuem⁵⁷⁶. Isto é,

⁵⁷⁰ Para uma relação das entre desenvolvimento, conhecimento e acesso às telecomunicações, veja-se: SY, Jacques Habib. *Comunicações Globais para um Mundo Mais Equitativo*. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Bens Públicos Globais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 371-388.

⁵⁷¹ Para um entendimento sobre dignidade da pessoa humana, em especial a partir dos estudos de Kant, expressamente utilizados como um dos principais marcos teóricos para tal concepção mais ampla de desenvolvimento, veja-se: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. QUINTELA, Paulo (trad.). Lisboa: Edições 70, 1960.

⁵⁷² O já referido estudo da OCDE acerca dos aspectos a serem considerados para fins de análise de bem-estar também aponta para a necessidade de fornecimento de determinados bens. Nesse sentido: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Compendium of OECD well-being indicators*. OECD, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁵⁷³ Para uma compreensão acerca da globalização dos bens e dos males públicos, veja-se: ZOLO, Danilo. *Globalización: un mapa de los problemas*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 2006.

⁵⁷⁴ Classificando as redes e o uso do espectro, especialmente para acesso às telecomunicações e à internet, como bens públicos globais impuros, apontando as consequências que daí decorreriam, veja-se: SANDLER, Todd. *Bens públicos intergeracionais: estratégia, eficiência e instituições*. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Bens Públicos Globais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 59-90.

⁵⁷⁵ Para uma compreensão acerca do conceito de bens públicos globais, bem como para o entendimento acerca das consequências jurídicas que poderiam ser proporcionadas pela aceitação de tal conceito, veja-se: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Bens Públicos Globais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. Especificamente para uma proposta de aplicação do conceito de bens públicos globais para o setor de telecomunicações, com foco especial em países com baixo nível de desenvolvimento no setor, como forma de enfrentamento das deficiências de funcionamento das redes e de seu acesso por todos, veja-se: SY, Jacques Habib. *Comunicações globais para um mundo mais equitativo*. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Bens Públicos Globais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 371-388.

⁵⁷⁶ Como abordado ao longo deste trabalho, a primeira característica das telecomunicações consiste no setor enquanto uma atividade econômica específica. O detalhamento desta caracterização pode ser analisado em: LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000.

da peculiaridade de o setor ser um meio para que, atualmente, praticamente todas as atividades inerentes à vida em sociedade possam ser adequadamente realizadas.

Para que a comunicação e as informações circulem, na forma e com as características preconizadas na sociedade atual e acima destacadas, é indispensável, logicamente, que exista uma infraestrutura compatível, funcional e apta a proporcionar os aspectos desejados⁵⁷⁷. O que possibilita o desempenho efetivo e adequado desta segunda característica é o funcionamento do setor como um todo, ou melhor, o funcionamento integral de todas as redes e de todos os serviços, independente da tecnologia e da operadora envolvida, como se houvesse uma única rede interoperável e funcional. Uma rede que, mesmo em uma realidade em que existam diversas empresas concorrendo, em diferentes mercados internos e internacionais e com tecnologias distintas competindo entre si, a informação ainda circule efetivamente, sem entraves ou barreiras impeditivas. E mais, que essa rede seja realmente acessível a todos, de maneira que qualquer um possa efetivamente enviar e receber a informação através da rede para os fins desejados. Esta é a rede virtual que dá suporte e efetividade àquela segunda característica do setor.

Ou seja, são várias redes e diferentes serviços que virtualmente funcionem como uma única rede de alguma forma acessível a todos. É esse entendimento acerca da rede que aqui se defende que seja a rede virtual a representar a principal finalidade específica do setor a ser buscada, ao lado do objetivo da concorrência em economias de mercado.

A noção de rede virtual, tal qual aqui empregada, foi inicialmente esboçada por Pierre Larouche⁵⁷⁸. Em que pese já presente a ideia do tratamento do setor como uma rede única, tal

⁵⁷⁷ Destacando esta inerente associação entre a existência de uma infraestrutura compatível e acessível no setor de telecomunicações e o aprimoramento da inclusão digital, com o efetivo funcionamento da sociedade da informação, notadamente com ênfase na realidade brasileira, veja-se: “Uma autoestrada da informação e a criação de uma infraestrutura informacional de base tecnológica possibilita a divulgação e a transmissão de mensagens a um maior número de pessoas, por meio da acessibilidade e a conectividade em internet e o tráfego de veículos digitais que levam em seu conteúdo dados (bits e bytes) provenientes da transmissão de áudio, vídeo, formas variadas de mídia, escrita etc. O Governo busca alcançar a inclusão digital, construindo uma verdadeira cidadania digital, com o objetivo de fazer com que todos tenham acesso aos meios eletrônicos, disponibilizando serviços públicos pela via digital (como por exemplo, a emissão de certidões). O grande problema no Brasil se encontra na dificuldade de acesso à tecnologia e à internet de boa qualidade, pois há baixa velocidade na conexão e transmissão de dados e essa dificuldade pode impedir ou dificultar o acesso à informação”. MALHEIRO, Emerson Penha. A defesa dos direitos humanos e a inserção de suas normas no sistema jurídico da sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*, v. 975, jan. 2017. p. 388.

⁵⁷⁸ Assim se manifestou Pierre Larouche sobre o conceito de rede virtual no setor: “Yet, on the basis of the rationale outlined in the previous sub-section, sector-specific regulation is not there to regulate particular networks or services amongst this mosaic, but rather to ensure that the telecommunications sector as whole operates so as to exhaust the possibilities for overall wealth and welfare creation through telecommunications. Network effects in particular are the focus of attention, and these effects are to be assessed not so much at the

autor apresentava uma proposta mais restrita, aplicável especificamente para a realidade da União Europeia e no contexto de um setor menor e mais simples. Não obstante, o contínuo crescimento da relevância do setor e a convergência de tecnologias, aliados à constatação de que praticamente todos os países já conduziram ou estão conduzindo reformas na disciplina setorial, evidenciam que este conceito é ainda mais necessário na atualidade, podendo ser reconhecido como a finalidade maior da disciplina setorial nos demais países e processos de integração.

Alguns autores, de forma aproximada, fazem referência a uma ideia de ‘rede de redes’⁵⁷⁹ ou de ‘sistema de sistemas’⁵⁸⁰, ou, ainda, de ‘rede da informação’⁵⁸¹. No entanto,

level of each individual network or service in a competitive market, but rather at the overall level of the whole sector, i.e. all networks and services put together. The point of reference for the regulator is thus the ‘virtual network’ made up of all competing networks and services seen as a whole”. LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 369.

⁵⁷⁹ Adotando a denominação de ‘rede de redes’, refere Gaspar Ariño Ortiz: “Utilizamos en este apartado un término acuñado por Eli Noam en un sugerente artículo en el que, tras comprobar que la futura ‘red de redes’ no podrá regirse por las reglas tradicionales de las telecomunicaciones analógicas y necesitará reglas propias, sugiere una declaración de principios para lo que podría ser una ley de telecomunicaciones de 2034...”. ARINO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan Miguel; NORIEGA, Raquel. *Nuevo papel del Estado en sectores regulados. Las telecomunicaciones de banda ancha*. Colección Fundación DMR Consulting. Barcelona: Ediciones Deusto, 2005. p. 271.

⁵⁸⁰ Para o entendimento do próprio Eli Noam, citado por Gaspar Ariño Ortiz, referindo uma evolução da ‘rede de redes’ para um ‘sistema de sistemas’, veja-se: “As these integrator-provided networks develop, they access and interconnect into each other and form a complex interconnected whole sprawling cross carriers, service providers and national frontiers. In the process the telecommunications environment evolves from the ‘network of networks’, in which carriers interconnect, to a ‘system of systems’, in which systems integrators link up with each other. The Internet is an early example”. NOAM, Eli M. Beyond liberalization: from the network of networks to the system of systems. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 18, n. 4, 1994. p. 289. De forma complementar, em outra obra, o autor prossegue introduzindo a necessidade de novos princípios a pautarem a disciplina do setor nesta realidade de ‘sistema de sistemas’: “But can we really expect the future network of networks to be totally self-regulating, with no rules by government? On the one hand, the more complex and advanced any network system becomes, the less one can guide it centrally. On the other hand, diversity does not assure social or operational optimality when different participants pursue different strategies, and as private and public objectives diverge. Issues of free flow of information, interconnectivity, universality of service, and international asymmetry will not vanish with competition. Thus, rules and regulations will change but not entirely disappear. Liberalization does not mean libertarianism. If so, what kind of rules should we expect to provide a legal linkage to the emerging ‘network of networks’ interconnecting presently widely disparate types of communications systems? [...] But what should these principles of telecommunications be? In the past decade, policy was correctly focused on creating competitive openness by reducing barriers and permitting entry. But with the fragmentation of the monopoly telecommunications environment proceeding apace, the primary policy responsibility is to assure an integration that permits the functioning of the emerging ‘network of networks’”. NOAM, Eli M. Principles for the Communications Act of 2034: The Superstructure of Infrastructure. *Federal Communications Law Journal*, v. 47, n. 2, art. 27, 1994. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol47/iss2/27>>. Acesso em: 14 jul. 2017. p. 5.

⁵⁸¹ Apresentando um conceito de ‘rede da informação’, veja-se: “I see the regulators’ task as trying, as best as possible, to foster the vibrancy and health of the part of the nation’s public infrastructure called its information networks. Information networks make possible a large range of activities – commercial, such as corporate meetings; political, such as news distribution; and purely personal; such as the planning of birthday parties and happy hours. Networks also catalyze innovation, both in the network itself, and in activities that depend on the transport network, from voice communications through online travel agents. A chief goal of telecommunications policy, in this view, is to maximize the value of the information networks as a catalyst for all these activities. Both network ideology and government policies can affect how valuable the networks are as a catalyst or input

utilizam esta ideia mais para tentar descrever e caracterizar o setor, do que, diretamente, para apontar a finalidade a ser buscada, como aqui realizado. Ademais, entende-se que a referência à ‘rede virtual’ é mais adequada e representativa, ao aproximar do que realmente consiste a finalidade em questão, que é ter uma rede única, funcional e acessível, abrangendo as infraestruturas físicas, mas também o mundo virtual inerente. Aliás, a divisão do mundo entre *off-line* e *on-line* tende a perder sentido, pois, de alguma forma, alguma conexão sempre estará presente⁵⁸².

Assim, na expressão “rede virtual”, resta mais evidente que estão abrangidos aspectos da estrutura física, como as tradicionais questões de interconexão e *last mile* em redes, bem como as modernas temáticas como internet das coisas⁵⁸³ e *edge computing*⁵⁸⁴. Não obstante, também fica clara a abrangência de temáticas que tocam mais a aspectos virtuais, como são

into other activities”. WU, Tim. A Brief History of American Telecommunications Regulation. *Oxford Encyclopedia of Legal History*, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=965860>>. Acesso em: 12 out. 2017. p. 26.

⁵⁸² Destacando que está perdendo sentido fazer distinção entre mundos *off-line* e *on-line*, veja-se: “Now these words are being folded into one, and the distinction between online and off-line is mattering less and less. [...] We are moving rapidly to one world, where physical space is densely populated with connections to the Cloud. In developed countries, people are already connecting to one another with smart mobile devices, including phones, tablets, and watches. Businesses are using connected computing devices with sophisticated payment apps and small wireless devices, called beacons, to connect to consumers in the store. These smart mobile devices, with their invisible engines, connected by mobile broadband and fixed wireless networks to the Cloud, provide foundation for new multisided platforms to solve more frictions, reduce more transactions costs, and make more mutually valuable connections in ways we can’t yet envision”. EVANS, David Sparks; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of platform business; how one of the oldest business models on Earth powers the most incredible companies in the world*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016. p. 49.

⁵⁸³ Para um entendimento básico sobre a internet das coisas e os desafios jurídicos que introduz, veja-se: “Together these devices create the ‘Internet of Things’, or what some have more recently called the ‘Internet of Everything’. Conservative estimates suggest that over 200 Billion connected sensor devices will be in use by 2020, 10 with a market size of roughly \$ 2.7 - 6.2 trillion per year. These devices promise important efficiency, social and individual benefits through quantification and monitoring of previously immeasurable qualities. But the Internet of Things also raises a host of difficult questions. Who owns the data these sensors generate? How can such data be used? Are such devices, and the data they produce, secure? And are consumers aware of the legal implications that such data create – such as the possible use of such data by an adversary in court, an insurance company when denying a claim, an employer determining whether to hire, or a bank extending credit?”. PEPPET, Scott R. Regulating the internet of things: first steps toward managing discrimination, privacy, security & consent. *Texas Law Review*, v. 93, mar. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2409074>>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 89.

⁵⁸⁴ Para um entendimento básico sobre *edge computing* e sobre como depende de uma rede em pleno funcionamento, veja-se: “Edge computing is a ‘mesh network of micro data centers that process or store critical data locally and push all received data to a central data center or cloud storage repository, in a footprint of less than 100 square feet’, according to research firm IDC. It is typically referred to in IoT use cases, where edge devices would collect data – sometimes massive amounts of it – and send it all to a data center or cloud for processing. Edge computing triages the data locally so some of it is processed locally, reducing the backhaul traffic to the central repository. [...] Edge computing reduces latency because data does not have to traverse over a network to a data center or cloud for processing. This is ideal for situations where latencies of milliseconds can be untenable, such as in financial services or manufacturing”. BUTLER, Brandon. What is edge computing and how it’s changing the network. *Network World from IDG*, 21 set. 2017. Disponível em: <<https://www.networkworld.com/article/3224893>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

exemplos as divergências envolvendo MVNOs, OTTs, superplataformas, *cloud computing*⁵⁸⁵ e neutralidade de rede.

Nesse contexto, adota-se o conceito de rede virtual e se aponta este como a finalidade a ser buscada pela disciplina do setor. Para a existência de uma rede virtual e para que ela efetivamente funcione é imprescindível que todas as redes sejam interligadas, de maneira a não existirem barreiras técnicas, financeiras ou operacionais à comunicação através dela. É necessário que fornecedores possam acessar as redes para ofertar seus produtos aos consumidores finais. É preciso que todos os consumidores possam, não só acessar as redes, mas realizar as comunicações e transações desejadas⁵⁸⁶. E, acima de tudo, para além do acesso, é preciso que toda a rede funcione, que seja operacional, independente dos tipos ou locais de origem e de terminação da comunicação, da espécie ou do conteúdo da informação ou do dado que esteja trafegando ou das redes pelas quais os dados precisam trafegar⁵⁸⁷.

Ademais, lembre-se que, em economias de mercado, esta finalidade há de ser compatibilizada com a finalidade de desenvolvimento e manutenção de competição nos mercados, até mesmo a fim de assegurar possibilidade e liberdade de escolha aos consumidores⁵⁸⁸. Decorrência lógica deste entendimento é que se busca uma realidade de

⁵⁸⁵ Sobre *cloud computing* e seus impactos para o funcionamento e o uso das redes, veja-se: YOO, Christopher. *Cloud Computing, Contractibility, and Network Architecture*. *University of Pennsylvania Law School, Institute for Law & Economic Research Paper*, n. 17-47, abr. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3080368>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁵⁸⁶ Apresentando este entendimento amplo do acesso, abrangendo três níveis, como indispensável para o funcionamento da rede virtual, veja-se: “For the purposes of discussion, three different types of access issues can be distinguished: 1. Supplier access, namely the possibility for a supplier to gain access to telecommunications networks in order to offer products or services; 1. Customer access, namely the possibility for a customer to gain access to telecommunications networks in order to conduct economic transactions or other types of transactions (communications, etc., as an individual or citizen, regrouped for the sake of convenience under the heading ‘customer’); 3. Transactional access, namely the possibility for a given transaction to be carried out according to the requirements of the parties”. LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 369.

⁵⁸⁷ Destacando a necessidade de se assegurar o efetivo funcionamento da rede virtual, de maneira a possibilitar sua plena utilização pelos consumidores e demais usuários: “As mentioned at the outset of this sub-section, the core regulatory mandate is concerned with the functioning of telecommunications as the foundation for economic and social activity, and accordingly views the telecommunications sector not so much from the inside as from the outside (the ‘virtual network’ made up of all networks and services), i.e. from the perspective of the customer/user of telecommunications. Its coverage would be incomplete if it only extended to the ability of supplier to use telecommunications networks and services to offer its own products (supplier access) or the access of customers to telecommunications networks and services (customer access). Indeed, from the perspective of the customer/user, the value of telecommunications networks and services depends not just on access in the abstract, but also on the possibility to use these networks and services to carry out certain transactions with other customers/users, from simple telephony to more complex operations (sale and purchase, banking transactions, administrative procedures, etc.)”. LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 379.

⁵⁸⁸ Sobre a estreita relação entre sociedade da informação e capacidade de escolha dos consumidores sobre os serviços disponíveis, veja-se: “Podemos identificar el libre flujo de información con la capacidad de elección de

empresas competindo nos mercados com diferentes serviços, tecnologias e infraestruturas⁵⁸⁹, e com consumidores com diferentes necessidades e demandas.

Nesse contexto, para que esta rede virtual possa funcionar em um realidade na qual a concorrência seja desejada e buscada, alguns aspectos têm de ser enfrentados, tais como: (i) adequada utilização do espectro eletromagnético (com enfrentamento das suas limitações para fins de divisão e compartilhamento); (ii) concessão de determinados direitos reais para as operadoras do setor (necessários para a instalação de antenas e estações rádio base, para a instalação de linhas de fibra ótica e para utilização de outras estruturas do setor); (iii) organização de numeração nos serviços (inclusive com portabilidade numérica, em serviços de telefonia e de acesso à internet); (iv) universalização de alguns serviços (para que todos no país ou bloco tenham acesso a um pacote mínimo de serviços de telecomunicações, a preços razoáveis); (v) interconexão (para que todas as operadoras possam conectar seus usuários com os usuários das demais operadoras, permitindo que todos no país ou bloco possam se comunicar, independentemente da empresa da qual sejam clientes); (vi) interoperabilidade, compatibilidade e padronizações técnicas (para que não haja barreiras nas comunicações em razão da diferença de redes, serviços ou tecnologias utilizadas); (vii) segurança das redes e proteção de dados; e (viii) proteção específica de consumidores e portadores de necessidades especiais no setor. Trata-se de aspectos com pertinência e repercussão para o funcionamento de rede virtual. E a preocupação dos países, justamente, com o funcionamento da rede ficou evidente com a análise das experiências, por exemplo, da Nova Zelândia, de Botswana e do

los usuarios de los sistemas de comunicación. Cuanto mayor sea ésta, tanto mayor será aquél. Como no sabemos cuáles serán exactamente los servicios que sustentarán la Sociedad de la Información, todos los que puedan crearse hoy deben ser bienvenidos. Cuantos más, mejor, sin garantía de triunfo o rentabilidad. La elección de los usuarios decidirá. Debemos, por tanto, desconfiar de cualesquiera razones que suponga poner trabas al desarrollo de nuevos servicios o a la presencia de algunos agentes en nuevos mercados; debemos hacerlo incluso si los grandes operadores telefónicos asustan por su tamaño o poder financiero: algunos servicios nuevos, los que requieran mayor esfuerzo de I + D, sólo podrán ser ofrecidos por éstos, al ser las únicas empresas con tamaño suficiente para ello. Si estos servicios contribuyen al libre flujo de información, poniendo nuevas posibilidades a su disposición, son perfectamente aceptables, pese a cuanto digan otros operadores de menor tamaño o capacidad”. ARINO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan Miguel; NORIEGA, Raquel. *Nuevo papel del Estado en sectores regulados. Las telecomunicaciones de banda ancha*. Colección Fundación DMR Consulting. Barcelona: Ediciones Deusto, 2005. p. 273-274.

⁵⁸⁹ Destacando a necessidade de existência também de concorrência entre redes, não apenas de concorrência entre serviços, a fim de garantir efetivo direito de escolha aos consumidores, veja-se: “Em face do exposto acima fica clara a necessidade, em setores caracterizados pela existência de redes, de bem interpretar o sentido da concorrência, em especial compreendendo a necessidade de preservar a possibilidade de escolha através da garantia de concorrência entre redes. [...] O que se quer dizer é que uma real alternativa é composta de vários fatores, que tornam necessário que o mercado tenha conformação estrutural adequada para garantir a concorrência. Essa conformação estrutural é, em alguns setores, garantida pela existência de concorrência entre redes. Essa conclusão, ainda que contrarie uma visão neoclássica mais conservadora baseada nas possíveis eficiências produzidas por apenas uma rede, é a única capaz permitir a existência de alternativas e escolha para o consumidor em setores como os de rede, onde a informação é estruturalmente concentrada”. SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, jan. 2009. p. 320.

próprio Brasil, diante da regulação setorial editada, constantemente focada neste funcionamento.

A compreensão acerca deste conceito de rede virtual, bem como dos aspectos envolvidos para o seu funcionamento, deixa claro que se trata de finalidade diferente, ainda que complementar, de uma busca maior do país ou bloco pelo desenvolvimento ou manutenção de concorrência em seus mercados, inclusive de telecomunicações. Como destacado ao se abordar a regulação neste trabalho, os objetivos da regulação não coincidem com os da concorrência, necessariamente. Não se trata, apenas, de contornar falhas de mercado. Podem haver finalidades distintas. Através da regulação, especialmente a setorial, como apontado, podem ser buscadas finalidades outras que não sejam atingíveis pelo desenvolvimento da concorrência. É exatamente o caso em questão: o estabelecimento da concorrência nos mercados, por si só, não conduz ao funcionamento efetivo da rede virtual acessível⁵⁹⁰, como aqui proposto, a evidenciar a relevância e a necessidade de tratamento como uma finalidade específica do setor⁵⁹¹.

Assim, tem-se que a finalidade específica da disciplina do setor de telecomunicações deva ser o estabelecimento de uma rede virtual acessível e em efetivo funcionamento, de maneira a que todos possam minimamente se beneficiar da sociedade da informação.

Veja-se que não se trata, simplesmente, de uma questão de acesso ao setor. Com efeito, como inclusive foi possível observar a partir das experiências de disciplina das telecomunicações investigadas, já há algum tempo percebe-se uma grande preocupação das

⁵⁹⁰ Destacando que a busca da concorrência não seria suficiente sequer para proporcionar a universalização de serviços – quanto mais a rede virtual, como aqui proposto – veja-se: “Entretanto, mesmo quando inexistentes essas falhas de mercado, a regulação poderá incidir para assegurar o alcance de outros fins sociais, de status constitucional, ainda que a intervenção represente uma restrição à livre concorrência. O estímulo à concorrência não seria suficiente para assegurar, por exemplo, a universalização dos serviços, que constitui um dos principais objetivos da regulação. Essa necessidade de proteção a outras finalidades sociais em detrimento da livre concorrência suscita uma tensão entre o Direito Antitruste e o Direito Regulatório. De fato, em algumas hipóteses, o primeiro deverá ceder espaço para impedir que os objetivos legítimos traçados pelo Estado sejam frustrados por uma incidência rígida dos princípios da livre competição na hipótese”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 244.

⁵⁹¹ Reconhecendo que a concorrência, por si só, não tem o condão de atingir determinadas finalidades, sendo papel do Direito intervir para auxiliar nesta consecução do objetivo pretendido, veja-se: “É papel do direito e não da teoria econômica fazê-lo. O direito, seja proibindo o funcionamento de certos mercados, seja transformando o seu funcionamento, precisa intervir, de modo a garantir que novas realidades, como a escassez ou as necessidades redistributivas da sociedade, sejam contempladas no momento da realização dos fluxos econômicos. Essa, em minha opinião, é uma das grandes tarefas a que se deve propor o direito na organização dos mercados. Da mesma forma que na Idade Média os fluxos econômicos exigiram grandes inovações jurídicas para prosseguir e se desenvolver, hoje é da regulamentação e muitas vezes restrição dos mercados que parece depender o progresso humano, tanto social como econômico”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Reflexões sobre a disfunção dos mercados. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, RT, v. 64, abr. 2014. p. 155.

autoridades e dos estudos no setor acerca da questão da disponibilidade de acesso às redes e aos serviços. Nesse sentido, a problemática envolvendo o já abordado *digital divide* é tema recorrente desde o início dos anos 2000⁵⁹². Não obstante, a questão da rede virtual aqui proposta vai muito além de simplesmente dar condições de acesso para todos à determinada parcela das redes. Não se trata, portanto, de pontualmente garantir o acesso à rede para um grupo de pessoas em certas hipóteses. Ou mesmo assegurar que novos prestadores possam, em alguma medida, acessar as redes existentes. Até mesmo porque tais tentativas já se demonstraram insuficientes para a garantia de funcionamento da rede virtual⁵⁹³, que envolve questões mais complexas do que estas de acesso⁵⁹⁴, especificamente. Tais questões pontuais envolvendo o acesso são, naturalmente, relevantes, mas não se confundem com o aqui proposto, que é muito mais abrangente, com a pretensão de, como uma finalidade maior a ser buscada, pautar a disciplina do setor como um todo.

⁵⁹² Evidenciando a preocupação com a superação do *digital divide* já há algum tempo, veja-se: “Another topic of utmost importance which will be on the international agenda in the field of telecommunications for the next decades is the so-called ‘digital divide’. This term describes the extremely unequal global distribution of information and communication technology (ICT)-hardware and internet access. The digital divide is going to greatly widen the already almost unbridgeable gap between the Northern and Southern hemisphere: While 43.9 per cent of all Internet-users in the world reside in North America, only 0.25 per cent of them have their home on the African continent. The main reason for this extreme inequality is that most African, and a number of South American countries, have neither the means to supply their people with the necessary hardware and access, nor the human resources available that could build up networks, maintain them and carry on their development. The paramount importance of overcoming the digital divide and creating a global information infrastructure (GII) has become a key issue for all international organisations operating in this sector of development. The UN, through the Economic and Social Council (ECOSOC), has set up the Information and Communication Technologies Task Force, which was presented to the public by Secretary-General Kofi Annan on the Millennium Summit of the UN in New York on 8 September 2000”. BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 46-47.

⁵⁹³ Demonstrando que simplesmente garantir a possibilidade de acesso às redes não é suficiente para determinar o uso efetivo das redes e o funcionamento concreto do setor, veja-se: “Claro que é preciso ponderar que muitas vezes a mera difusão do acesso apenas atenderá a uma demanda reprimida de quem tem mais poder aquisitivo, não gerando um processo de inclusão no mercado consumidor daqueles para quem não é economicamente viável oferecer o serviço (o que conduz novamente à conclusão de que a universalização exige políticas públicas específicas e não dependentes dos objetivos concorrenciais). Mas isso não afasta a constatação de que é possível haver uma interação entre concorrência e universalização”. FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64.

⁵⁹⁴ Demonstrado que as questões no setor são bem mais complexas do que o simples enfrentamento pontual de problemas surgidos no acesso às redes, veja-se: “Mass penetration of ICT, especially for fixed telephone lines and the Internet, without economic structural transformations may do more harm to the economy. Transformation may begin with improvisation of institutional quality, human capital, financial development and domestic investment. All these efforts lead to effective and efficient use of ICT where wastage and handling costs can be reduced while creating a better understanding of the potential and roles of ICT in various sectors”. ALBIMAN, Masoud Mohammed; SULONG, Zunaidah. The linear and non-linear impacts of ICT on economic growth, of disaggregate income groups within SSA region. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 2, 2017. p. 560.

Da mesma forma, este conceito de rede virtual não se confunde ou se limita à noção de universalização de serviços, bastante presente em praticamente todas as experiências de disciplina do setor investigadas, e sobre a qual há diversos estudos e investigações, seja em relação à abrangência, seja abordando formas de financiamento e de custeio, seja, ainda, no que se refira aos beneficiários.

Como se trata de questão bastante discutida, como referido, cumpre sejam feitos esclarecimentos, a fim de evidenciar que o conceito de rede virtual não se confunde com a universalização de serviços. Com efeito, a conceituação de universalização rende discussões, alguns autores tratando-a como uma política, outros como uma finalidade ou, ainda, como um princípio⁵⁹⁵. No entanto, independente da classificação atribuída, tem-se claramente na universalidade uma finalidade de possibilitar acesso amplo de consumidores aos serviços do setor de maneira disponível, acessível e econômica, levando as telecomunicações ao maior número de pessoas possível na sociedade⁵⁹⁶.

Partindo do pressuposto de que o acesso a determinados serviços de telecomunicações é necessário para participar e beneficiar-se da sociedade da informação, na linha do que foi exposto acima, adota-se a universalização como uma finalidade específica relacionada pontualmente ao acesso dos consumidores às redes. A forma como esta finalidade será incorporada ao ordenamento, se através de uma política pública especial, ou por meio de

⁵⁹⁵ Destacando as dificuldades que envolvem a conceituação da universalização no setor, veja-se: “There is a general lack of consensus regarding the definition of universal service with differing views across both academics and practitioners (Alleman, Rappoport, & Banerjee, 2010). Hence, Blackman (1995: 171) noted, ‘... it [universal service] looks to be coated in myth, a slippery and ideological concept manipulated by various different parties to support their own case for special treatment.’ Some studies define universal service through the notion of policy (see, for example, Xia, 2016), others in terms of concept (see, for example, Madden, 2010) and obligation (see, for example, Srinuan, 2014). Synthesizing these definitions, it becomes clear that they were all referring to the same issue but using different notions that broadly describes universal service as a wider access to fixed and/or mobile telecommunication services in a manner that is available, accessible and affordable. For the purpose of this paper, we view universal service as a policy as this is most central to this study and is in line with government efforts across Africa to realise widespread telecommunications infrastructure and services”. ARAKPOGUN, Emmanuel Ogiemw; WANJIRU, Roseline; WHALLEY, Jason. Impediments to the implementation of universal service funds in Africa: A cross-country comparative analysis. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 2, 2017. p. 619.

⁵⁹⁶ Evidenciando que a universalização se trata de uma finalidade específica do setor, com as consequências que daí decorram, veja-se: “What is universal service? A universal telecommunications service goal, simply defined, is a public policy to spread telecommunications to most members of society, and to make available, directly or indirectly, the funds necessary. In the past, this has usually been accomplished through the establishment of a monopoly system in the provision of telecommunications, with the monopolist's profits used to support some of its end users, especially residential and rural customers. [...] Governments have tried to conduct social policy with the tools of industrial structure policy, and have been less and less successful in either. Similarly, their plans for upgrading telecommunications infrastructure have been affected by the question whether some segments of society would fall behind”. NOAM, Eli. Beyond Liberalization III: Reforming Universal Service. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 18, n. 9, 1994. p. 690.

princípios e regras, naturalmente, dependerá do sistema jurídico de cada país ou bloco⁵⁹⁷. Da mesma forma, a abrangência dos deveres de universalização, no que se refere tanto aos consumidores atingidos, quanto aos serviços envolvidos, também variará de acordo com a realidade de cada país ou bloco.

Assim, desde que foi inicialmente concebida, ainda nos anos 1900⁵⁹⁸, a universalização no setor transformou-se, para incluir novos serviços, que gradativamente passaram a ser vistos e tratados como básicos pelos respectivos países e blocos. Tal evidencia que o conteúdo material da universalização há, mesmo, de variar conforme o país ou bloco a que se refere, uma vez que dependerá do respectivo nível de desenvolvimento tecnológico do setor, dos diferentes tempos necessários para consolidar uma inovação tecnológica a ponto de poder incluí-la dentro da universalização e, até mesmo, do nível de concorrência já existente nos respectivos mercados⁵⁹⁹.

Como é possível observar-se a partir de aproximação do conteúdo da universalização dos serviços, esta consiste em apenas uma parte, uma perspectiva, daquilo que aqui se propõe

⁵⁹⁷ Apresentando a universalização como uma finalidade do setor, a ser incorporada ao ordenamento por meio de princípios ou regras, veja-se: “A universalização traduz o reconhecimento de que o acesso universal (i.e., de todos os cidadãos) a determinados tipos de serviços de telecomunicações é fundamental para uma vida digna numa sociedade complexa como a contemporânea, colocando-se como meta de política pública. Por outro lado, a positivação expressa do princípio da universalização, como fundamento de todo o sistema legal, demonstra que o legislador compreendeu que não basta a concorrência para alcançar um desenvolvimento pleno do setor (desenvolvimento considerado aqui de forma ampla, abrangendo inclusive objetivos capazes de promover a inclusão social). É preciso uma política pública específica voltada à realização desse objetivo, pois agentes privados movidos por seus próprios interesses, ainda que submetidos ao estímulo da concorrência, não aplicarão recursos significativos para explorar atividades deficitárias (i.e., incapazes de gerar um fluxo de receitas superior ao dos custos)”. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 58.

⁵⁹⁸ Sobre a origem da universalização e a inerente necessidade de sua evolução ao longo dos anos, de acordo com as inovações tecnológicas, veja-se: “Moreover, when universal service was first conceived around 1907 (Mueller, 1993), the unprecedented use of mobile telephony and the ubiquitous information society we now live in did not exist. Hence, as mobile telecommunications evolve, the underlying principles for measuring universal service should reflect such changes otherwise mobile telecommunications may be provided and made available, accessible and affordable but may not address the information needs of a given community”. ARAKPOGUN, Emmanuel Ogiemw; WANJIRU, Roseline; WHALLEY, Jason. Impediments to the implementation of universal service funds in Africa: A cross-country comparative analysis. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 2, 2017. p. 620.

⁵⁹⁹ Destacando as diferenças entre os conteúdos materiais da universalização do setor, de acordo com o nível de desenvolvimento de cada país ou bloco, veja-se: “For many developed countries such as Canada, the UK and the US, universal service not only includes access to public switched telephone network but also directory services, emergency services as well access to internet and broadband at home and in some parts of the public arena (Jain & Das, 2001). Conversely, for developing countries, universal service policy focuses mainly on the provision of at least a common telephone within a given distance (Jain & Das, 2001). The above analysis highlights the fact that it is important to first ascertain the ‘need’ of a given community in terms of whether availability, accessibility, affordability, the possession of the right skills to use the available technology or a combination of these elements are the problem”. ARAKPOGUN, Emmanuel Ogiemw; WANJIRU, Roseline; WHALLEY, Jason. Impediments to the implementation of universal service funds in Africa: A cross-country comparative analysis. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 2, 2017. p. 622.

como rede virtual. A universalização restringe seu foco no aspecto do acesso do consumidor às redes, enquanto a rede virtual abrange a rede como um todo, incluindo acesso dos consumidores e dos concorrentes às redes, interligação entre redes e, acima de tudo, o funcionamento de toda a rede virtual como uma única rede funcional. Ou seja, a finalidade da rede virtual é mais ampla e engloba a finalidade da universalização de serviços⁶⁰⁰.

Aliás, este entendimento é totalmente compatível com a própria adoção da noção de rede virtual como finalidade setorial maior, tal qual aqui preconizada. Com efeito, tratando-se de finalidade ampla e orientadora do setor, é natural e esperado que, a partir desta, devam ser depreendidas e reconhecidas finalidades mais específicas e, por isso mesmo, mais concretas⁶⁰¹. Nesse tocante, cabe relembra o que foi mencionado acerca da relação entre finalidade, princípios e regras⁶⁰². Sabe-se que princípios e regras guardam relação com

⁶⁰⁰ Não são desconhecidos entendimentos no sentido de que a universalização, relacionada e dialogando com a concorrência, seria suficiente para a disciplina do setor. Nesse sentido: “Na última parte do texto, demonstrou-se a ideia inicialmente formulada, argumentando-se que a eficiente implementação de um modelo para universalização do acesso às redes digitais depende da regulação concorrencial voltada especificamente ao acesso a elementos de redes (o unbundling). [...] Os resultados de tais mudanças em relação à promoção da concorrência e da universalização são ainda incertos, mas o contexto todo confirma com clareza como a universalização pode depender da regulação voltada à criação de condições concorrenciais (e, por conseguinte, como ambos os princípios de complementam)”. FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 101.

⁶⁰¹ Destacando que a compreensão de um objetivo final para a disciplina do setor implica o reconhecimento e a concretização de finalidades mais restritas e específicas, veja-se: “Parece razonable pensar que el objetivo final de las políticas públicas para las telecomunicaciones avanzadas y las TIC en general se centra en poner a disposición de todos los ciudadanos los medios necesarios para acceder – y poder transmitir – cualquier clase de información de forma instantánea y al menor coste posible. Se trata de conseguir la ‘sociedad de la abundancia’ aplicada a la circulación de información digitalizada. La Sociedad de la Información es la puerta de entrada a la sociedad del conocimiento, con un salto cualitativo trascendental del que confiamos obtener la solución a muchos de los grandes problemas contemporáneos: desigualdad, degradación ambiental, insolidaridad... y desde un punto de vista más positivo, difusión de la cultura, aumento de eficiencia y productividad empresarial, mayor bienestar para todos, etc. Ahora bien, la sociedad del conocimiento, como todas las grandes cuestiones colectivas, tiene que fijarse objetivos mediales, más concretos y establecer prioridades, selectivamente. Siempre hay opciones; siempre hay más acciones posibles que recursos disponibles y por tanto hay que escoger”. ARINO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan Miguel; NORIEGA, Raquel. *Nuevo papel del Estado en sectores regulados. Las telecomunicaciones de banda ancha*. Colección Fundación DMR Consulting. Barcelona: Ediciones Deusto, 2005. p. 265-266.

⁶⁰² Recuperando as lições de Humberto Ávila de forma ainda mais específica acerca da relação entre fins, princípios e regras, veja-se: “Nesse sentido, as regras consistiriam em normas de conduta, e os princípios em normas finalísticas (ou de tarefas). Fins, como já afirmado, consistem em estados (ou bens abstratos desejados). Normas finalísticas estabelecem a realização (não os fins propriamente) de estados desejados – fins – como devidos. O fim é o conteúdo imediato das normas finalísticas. O conteúdo mediato consiste nas condutas a serem tomadas para a realização dos fins devidos. Normas finalísticas estabelecem, pois, tarefas (atividades necessárias) que conduzam a fins devidos. Essas normas, contudo, também possuem a conduta humana como conteúdo indireto. Essas considerações levam à seguinte conclusão: tanto as normas de conduta quanto aquelas que estabelecem fins possuem a conduta como objeto. A única diferença é o grau de determinação quanto à conduta devida: nas normas finalísticas, a conduta devida é aquela adequada à realização dos fins; nas normas de conduta, há previsão direta da conduta devida, sem ligação direta com fins”. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, jan.-mar. 1999. p. 167.

aspectos finalísticos, tendo como uma das diferenciações possíveis a de se tal relacionamento é imediato ou mediato. Ainda, foi destacado que a relação entre princípios nem sempre ocorre em nível horizontal, havendo princípios que se relacionam em uma estrutura de subordinação (entre sobreprincípios e subprincípios) e não de concorrência direta. Como destacado, igualmente, a maneira como uma finalidade tal qual a da rede virtual é incorporada a um ordenamento jurídico irá depender do sistema jurídico do respectivo país ou bloco, dos compromissos assumidos internacionalmente e regionalmente, da estrutura e das disposições constitucionais e infraconstitucionais e da realidade do setor naquele país ou bloco.

Assim, mesmo se reconhecendo a rede virtual como finalidade maior e ampla para o setor e para sua disciplina, tal não significa que os diferentes ordenamentos jurídicos incorporarão esta finalidade da mesma forma. Pelo contrário, como visto, é esperado que sejam adotadas normas diferentes, ainda que pautadas pela mesma finalidade. Não obstante, considerando-se que a rede virtual, tal qual aqui preconizado, consiste em finalidade específica bem ampla para o setor, seu acolhimento nos ordenamentos mostra-se mais compatível com o reconhecimento, primeiro, de um princípio (e não diretamente com uma regra de conduta), seja decorrendo de sobreprincípios ainda maiores como o da dignidade da pessoa humana⁶⁰³, inclusive a partir de uma perspectiva do reconhecimento deste em âmbito internacional⁶⁰⁴, seja sendo apreendido de compromissos e obrigações assumidos internacional ou regionalmente⁶⁰⁵, seja, ainda, de própria previsão como princípio diretamente pelo ordenamento jurídico nacional ou do respectivo bloco.

Este tratamento e a incorporação ao ordenamento jurídico do respectivo país da rede virtual como um princípio da disciplina do setor, se for o caso, poderia implicar o reconhecimento da universalização como um subprincípio específico do setor no que se refere ao acesso dos consumidores. Ainda, poderiam haver outros subprincípios relacionados ao

⁶⁰³ Para um entendimento sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, veja-se, por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

⁶⁰⁴ Conforme o caso, o reconhecimento da rede virtual como princípio pode decorrer de compromissos internacionais sobre direitos humanos. Nesse sentido, sobre compromissos envolvendo tais tratados, veja-se: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de Direitos Humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁰⁵ O reconhecimento de um princípio da rede virtual pode decorrer de compromissos assumidos perante a OMC e a UIT envolvendo o setor, consoante anteriormente já abordado. Pode decorrer, também, de compromissos regionais, como é o caso da União Europeia e mesmo da União Africana, referidos anteriormente. Nesse sentido, sobre a influência de compromissos internacionais no setor, inclusive em âmbito regional, veja-se: BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 1-50.

acesso de fornecedores à rede (adotando *unbundling*⁶⁰⁶, por exemplo) ou outros subprincípios do setor⁶⁰⁷. Em qualquer hipótese, porém, o reconhecimento de um princípio (ou mesmo sobreprincípio) relacionado à rede virtual exerceria funções típicas dos princípios e sobreprincípios, incluindo funções interpretativas, bloqueadoras e rearticuladoras⁶⁰⁸. Sem prejuízo, é claro, da edição de regras, diretamente prevendo condutas a serem adotadas, coerentes com o objetivo maior da rede virtual, tal qual as regras diretas e expressas determinando condutas nas questões de *roaming* e de portabilidade numérica, observadas em diversas das experiências de disciplina do setor investigadas neste trabalho.

Não obstante, repita-se, a maneira como a finalidade será incorporada e recebida no ordenamento de cada país ou bloco não será a mesma. Além de, naturalmente, depender da configuração constitucional (incluindo os direitos fundamentais e constitucionais que são assegurados) e do sistema jurídico adotado, este tratamento normativo da finalidade também tem estreita ligação com o nível de desenvolvimento tecnológico e da concorrência no setor. Nesse sentido, em um país ou bloco com uma realidade do setor mais desenvolvida, em que a infraestrutura básica de rede já esteja mais consolidada e espalhada territorialmente, com alguma concorrência já estabelecida, a finalidade da rede virtual poderá ter mais repercussão normativa na interligação entre as redes existentes e na garantia de qualidade mínima de serviços básicos, para que a rede seja melhor aproveitada. Já em um país ou bloco em que

⁶⁰⁶ Sobre o desagregamento da rede (*unbundling*), veja-se: “Acesso desagregado à rede de acesso do assinante (que interliga o ponto terminal da rede a um ponto de concentração ou a um acesso intermediário localizado na rede fixa), provê ao operador alternativo o acesso à rede local do assinante do operador com PMS, permitindo-lhe o uso pleno da capacidade dessa infraestrutura de rede. O acesso partilhado da rede local do operador com PMS permite que o operador alternativo usar apenas uma parte determinada da capacidade dessa infraestrutura de rede”. SCARAMUZZI, Elena. *Construindo uma Agenda Digital para o Brasil e Europa*. Bruxelas: Cullen Internacional, 2011. p. 13.

⁶⁰⁷ Para uma visão sobre princípios no setor, especificamente na realidade brasileira, veja-se: XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁶⁰⁸ Sobre a relação entre sobreprincípios e princípios e as funções que aqueles podem exercer no ordenamento jurídico, veja-se: “Os sobreprincípios, como, por exemplo, os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da dignidade humana e do devido processo legal, exercem importantes funções, mesmo na hipótese – bastante comum – de os seus subprincípios já estarem expressamente previstos pelo ordenamento jurídico. Como princípios que são, os sobreprincípios exercem as funções típicas dos princípios (interpretativa e bloqueadora), mas, justamente por atuarem ‘sobre’ outros princípios (daí o termo ‘sobreprincípio’), não exercem nem a função integrativa (porque essa função pressupõe atuação direta e os sobreprincípios atuam indiretamente), nem a definitiva (porque essa função, apesar de indireta, pressupõe a maior especificação e os sobreprincípios atuam para ampliar em vez de especificar). Na verdade, a função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a função rearticuladora, já que eles permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado. Por exemplo, o sobreprincípio do devido processo legal permite o relacionamento entre os subprincípios da ampla defesa e do contraditório com as regras de citação, de intimação, do juiz natural e da apresentação de provas, de tal sorte que cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais em razão do sobreprincípio, recebe um significado novo, diverso daquele que teria caso fosse interpretado isoladamente”. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 99.

sequer as redes básicas de infraestrutura de telecomunicações estejam consolidadas em todo o território do país ou bloco, a finalidade da rede virtual poderá ter mais repercussão normativa na universalização do próprio acesso àqueles que estão excluídos do setor, sem um enfoque inicial em qualidade dos serviços, por exemplo.

Da mesma forma, em relação à portabilidade e às tarifas de *roaming*, por exemplo, a depender da realidade do setor de cada país ou bloco, a finalidade da rede virtual trará implicações normativas diversas. Nesse sentido, na realidade da União Europeia, consoante demonstrado, após um período em que houve uma limitação das tarifas cobradas a título de *roaming* dentro do bloco, mais recentemente entendeu-se que o funcionamento da rede demandava e possibilitava a total abolição do *roaming* no bloco⁶⁰⁹. Igualmente, em matéria de portabilidade, já se foi além da portabilidade numérica, a ser atendida em até um dia, para se entender que o funcionamento da rede virtual pressupõe, também, a portabilidade de serviços digitais⁶¹⁰. Já em países e blocos com realidades do setor ainda não tão desenvolvidas, a finalidade da rede virtual trará outras consequências normativas para as mesmas questões de *roaming* e portabilidade. Como visto, países como a Botswana sequer introduziram obrigação mínima de portabilidade numérica em serviços de telefonia, de maneira que não seria possível se depreender da finalidade da rede virtual, neste momento, uma obrigação geral de portabilidade em todos os serviços do setor, a ser implementada em apenas um dia⁶¹¹. De forma semelhante, em blocos como o MERCOSUL não houve efetivo enfrentamento da questão do *roaming* dentro do bloco – sendo que os Estados-partes ainda possuem tarifas de *roaming* dentro do próprio país (como no caso do Brasil, por exemplo); assim, a abolição imediata e geral do *roaming* não é algo que poderia se depreender como decorrente da finalidade da rede virtual neste momento e nesta realidade.

Destarte, tem-se que o reconhecimento da existência de uma finalidade básica comum não determina uma normatização semelhante nos países e blocos. Pelo contrário, aliás, como destacado. Se não bastasse isso, o reconhecimento de tal finalidade precípua do setor não

⁶⁰⁹ Como referido, para informações sobre o fim do *roaming* dentro da União Europeia, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Fim das tarifas de itinerância na UE: Declaração conjunta de 3 instituições da UE*. Statement/17/1590. 14 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

⁶¹⁰ Consoante referido, a portabilidade de serviços digitais foi introduzida na União Europeia pelo Regulamento 1128/2017, a saber: UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à portabilidade transfronteiriça dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno*. Regulamento 1128/2017. 14 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁶¹¹ Sobre a inexistência de obrigação de portabilidade numérica em Botswana, veja-se: RESEARCH ICT AFRICA. *Understanding what is happening in ICT in Botswana: a supply and demand side analysis of the ICT sector*. *Policy Paper*, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://researchictafrica.net/>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

afasta a possibilidade de serem reconhecidas outras finalidades e outros princípios no setor, a partir de peculiaridades do respectivo país ou bloco. É o caso, por exemplo, da experiência da União Europeia que, como destacado anteriormente, expressamente adota a constituição de um mercado interno como finalidade maior no bloco desde o início das reformas⁶¹², inclusive podendo estar acima da própria finalidade de desenvolver a concorrência nos mercados.

Tal coexistência de finalidades distintas em nada interfere ou impede o reconhecimento da finalidade da rede virtual. Até mesmo porque, consoante já reconhecido, em economias de mercado, a finalidade da rede virtual já terá que ser compatibilizada e dialogar com a finalidade da concorrência, com os princípios e regras que a normatizam⁶¹³. Em verdade, a existência de outra finalidade no setor de acordo com a peculiaridade do país ou bloco apenas reforça a necessidade de reconhecimento e de adoção da finalidade da rede virtual. Até mesmo para que seja possível um diálogo ou, caso as finalidades também estejam normatizadas através de princípios, para que seja possível a ponderação no caso de algum conflito entre eles⁶¹⁴.

Isso tudo sem lembrar, ainda, que o reconhecimento desta finalidade setorial específica pauta a definição e a aplicação de finalidades públicas, auxilia autoridades na

⁶¹² Como destacado anteriormente, este objetivo maior da reforma do setor de constituição de um mercado comum (hoje interno) constou já na edição do Livro Verde que deu início aos primeiros movimentos de abertura da concorrência no setor. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações*. COM(87) 290. 30 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁶¹³ Sobre a finalidade da concorrência nos mercados, com os princípios que normatizam esta finalidade, veja-se: “Apesar das dificuldades práticas que a abertura finalística do direito da concorrência traz consigo, não se pode ignorar a necessidade de enfrentamento delas em um sistema democrático. Para o melhor delineamento dos princípios substantivos que devem orientar a função regulatória, seja por meio daqueles relacionados à eficiência econômica, seja por meio daqueles mais atrelados a objetivos distributivos, deve-se retornar à Constituição. O ponto de partida é verificar que o princípio da livre-concorrência (Constituição Federal, artigo 170, *caput*) deve ser lido em conjunto com os demais princípios e fins previstos na carta política, que é o que permite compreendê-la como um instrumento capaz de promover a transformação social. A Constituição brasileira persegue objetivos mais amplos e maiores do que apenas o livre mercado, pelo que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência devem ser vistos como instrumentais para a promoção da dignidade humana. Isso porque todos os princípios da ordem econômica, elencados no *caput* do art. 170 da Constituição têm ‘por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’. Ademais, retornando aos fundamentos da República, estabelecidos no art. 1º da Constituição, observa-se a enunciação, novamente, da dignidade da pessoa humana (inciso III) e o valor social da livre iniciativa (inciso IV)”. RODRIGUES, Eduardo Henrique Krueel. *O direito antitruste na economia digital: implicações concorrenciais do acesso a dados*. 2016. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2016. p. 103.

⁶¹⁴ A existência de finalidade e eventual princípio a normatizando mostra-se relevante para que seja atribuída uma das soluções possíveis em caso de conflito, a saber: “No caso de colisão entre dois princípios, várias hipóteses podem ocorrer: a realização do fim instituído por um princípio leva à realização do fim determinado pelo outro; a realização do fim instituído por um exclui a realização do fim determinado pelo outro; a realização do fim instituído só leva à realização de parte do fim determinado pelo outro; ou a realização do fim instituído por um não interfere na realização do fim buscado pelo outro”. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, jan.-mar. 1999. p. 163.

edição de regulação e nas decisões de casos concretos, facilita análises e deliberações sobre *trade off* envolvido nas decisões, aumenta a transparência e a previsibilidade em todo o setor, possibilita juízos de proporcionalidade entre meios e fins, etc. Ademais, tratando-se de setor que pressupõe sucessivas e rápidas inovações tecnológicas, introduzindo novas possibilidades e novos riscos com grande velocidade, manter presente esta finalidade maior da disciplina do setor facilita a compreensão e o enfrentamento destas questões que surgirão. Assim, por exemplo, quando se vislumbra a introdução das tecnologias de 5G na telefonia celular, já se sabe que estas trarão, também, a possibilidade do *network slicing*⁶¹⁵. A aceitação da finalidade maior da rede virtual facilita o enfrentamento dos desafios que surgem para o funcionamento das redes nesta nova realidade que se aproxima.

Com efeito, tudo começa pela definição e pela aceitação clara da finalidade a ser buscada na disciplina do setor. A partir do que foi investigado e apresentado ao longo deste trabalho, não só é possível e recomendado que seja apreendida a finalidade a pautar a disciplina das telecomunicações, como foi identificado que a finalidade principal é justamente a constituição e a manutenção de uma rede virtual plenamente funcional. O reconhecimento deste objetivo maior, como visto, determina sua compatibilização com outras finalidades existentes, em especial a de desenvolvimento e de manutenção da concorrência, em economias de mercado. Implica, também, que haverá finalidades intermediárias e mais concretas, a partir desta finalidade maior, sendo que cada país ou bloco incorporará tais finalidades ao seu ordenamento através de normas finalísticas e de conduta de acordo com as respectivas características de sistema jurídico, ordenamento constitucional, nível de concorrência e desenvolvimento tecnológico, entre outras. Igualmente, é esperado que diferentes países e blocos, mesmo adotando esta idêntica finalidade maior da rede virtual no setor, normatizem de forma distinta a temática, com princípios e regras adequados à respectiva realidade, como visto.

Com base nesta compreensão que se acredita ser inédita e original no sentido de que a finalidade maior de toda a disciplina do setor deva ser a busca e a manutenção de uma rede

⁶¹⁵ Para um entendimento básico sobre o *network slicing*, veja-se: “The nature of network ownership and operation, as we understand it, will inevitably change in a 5G environment, given that infrastructures will be able to adopt a multitenancy model. This is because the SDN and NFV evolutions can deliver the phenomenon of ‘network slicing’, which effectively create separate networks that are housed within one physical infrastructure in a way that is tantamount to them being situated on separate physical infrastructures. In this way, each ‘physical network’ will also be able to host multiple service providers who provide specialist niche services over that network”. ALEXIADIS, Peter; SHORTALL, Tony. The Advent of 5G: should technological evolution lead to regulatory revolution? *CPI Antitrust Chronicle*, v. 3, nov. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2876484>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

virtual efetiva e acessível, cumpre prosseguir com a maior aproximação ao núcleo da disciplina setorial, o que passa pela identificação dos papéis que devam desempenhar o direito da concorrência e a regulação setorial nesta disciplina. Com efeito, o histórico da disciplina do setor, tal qual apresentado nas experiências investigadas, evidenciou a relevância do direito da concorrência e da regulação setorial nesta disciplina das telecomunicações. Ainda que cada país ou bloco tenha que incorporar a finalidade da rede virtual de acordo com suas peculiaridades, como visto, tal não impede que se analise quais seriam os papéis mais coerentes e adaptados a serem desempenhados pelo direito da concorrência e pela regulação setorial, sabendo-se e se perseguindo esta finalidade maior do setor. É exatamente esta a proposta do capítulo que segue.

A.2 Papéis da regulação setorial e do direito da concorrência

Como visto, inclusive a partir das experiências analisadas, historicamente a disciplina das telecomunicações foi pautada, basicamente, pelo direito da concorrência e pela regulação setorial. Especialmente quando do início dos movimentos de ruptura dos monopólios existentes no setor, percebeu-se um forte movimento regulatório, altamente incisivo em matéria de preços e tarifas, sendo ainda preconizada, com preponderância, regulação assimétrica e de natureza *ex ante*.

Ao longo das reformas realizadas no setor, como também foi possível observar nas experiências investigadas, esta regulação e a própria disciplina das telecomunicações foram sendo adaptadas e transformadas. Observou-se uma tendência de aproximação entre conceitos típicos da regulação e conceitos inerente ao antitruste⁶¹⁶ e foi possível constatar, nas etapas mais avançadas da reforma, um movimento tendente a diminuir as hipóteses cabíveis de adoção de medidas regulatórias assimétricas e *ex ante*, com o fortalecimento do direito da concorrência, que passou a ser sistematizado em diversos países e blocos, como visto. Assim,

⁶¹⁶ São exemplos da tendência de aproximação entre regulação setorial e direito da concorrência as noções de PMS e de poder dominante, que, em diversas experiências, como visto, passaram a ser utilizadas na regulação e no direito da concorrência de maneira indistinta. Para um entendimento da aplicação de conceitos como o de PMS nas telecomunicações, veja-se: FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

por exemplo, na União Europeia⁶¹⁷ e no Brasil⁶¹⁸, como visto, já foram adotadas medidas para reduzir o número de mercados passíveis de imposição de medidas assimétricas *ex ante*.

Não obstante, como adiantado, há significativa discussão acerca da forma mais adequada para esta disciplina do setor. Desde o rompimento dos monopólios, esta tensão entre direito da concorrência e regulação setorial está presente. Contudo, com o avanço das reformas e com a existência de mercados competitivos no setor em algumas realidades, é flagrante o recrudescimento da discussão. Questiona-se, assim, até onde seria preciso manter a regulação setorial e se o direito da concorrência seria suficiente para lidar com o setor⁶¹⁹.

Com efeito, com base nos estudos da finalidade da regulação e das experiências de disciplina do setor⁶²⁰, é bastante claro que, durante a implementação das reformas, enquanto não houver concorrência nos mercados, a regulação setorial é necessária, até mesmo para lidar com as muitas falhas de mercado⁶²¹ inerentes a este período. Objetivando a consolidação da

⁶¹⁷ Na União Europeia, ainda em 2009, já havia sido reduzido o número de mercados sujeitos à aplicação de medidas setoriais *ex ante*. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *2007 EU Telecoms Reform # 9: From 18 to 7 regulated markets*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁶¹⁸ No Brasil, a ANATEL também limitou os mercados relevantes submetidos à regulação assimétrica. Nesse sentido: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Plano geral de metas de competição e regulamento de homologação de ofertas de referência de produtos de atacado: audiência pública - consultas públicas 35, 36 e 37*. Brasília, 24 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁶¹⁹ Questionando se ainda haveria necessidade de manutenção de regulação setorial quando da existência de mercados efetivamente competitivos, veja-se: “A regulatory system will therefore need to be set up in order to deliver competition ‘with forceps’. In such cases, competition is regulation’s goal. Regulation thereby pursues its own annihilation, and that is why once it has accomplished its goal through, for example, *ex ante* rulemaking, the establishment of a Regulatory Authority, or the supervision of operators, and mechanisms of market dominance, that it must disappear. Regulation whose goal is to forcefully implement competition must disappear when competition has been implemented, and the regulated industry must be subject to competition law. Besides operators’ strategies, which fully account for Regulators and Competition Authorities, there is a second, more substantial question: to what extent does a liberalized industry still require definitive regulation? Indeed, transitional regulations were set up for the liberalization of the so-called ‘network industries’, such as telecommunications, energy, postal services, and railways”. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Regulation versus competition*. *The Journal of Regulation*, n. 7, mar.-abr. 2011. Disponível em: <<http://www.thejournalofregulation.com>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 555.

⁶²⁰ A experiência da Nova Zelândia investigada é reveladora. Como visto, após um período em que se deixou o rompimento dos monopólios a cargo exclusivamente do direito da concorrência, foi concluído pela necessidade de introdução de regulação setorial, uma vez que não se observava uma evolução no nível de concorrência nos mercados.

⁶²¹ Sobre as naturais falhas de mercado durante o processo de introdução da concorrência no setor, veja-se: “De la problemática de los fallos de mercado podríamos hablar mucho, e incluso negar su existencia, reconociendo que tales fallos son en realidad fallos de la regulación (incluyendo en ella todo el sistema institucional del ‘metamercado’). Para simplificar, retengamos que en la transición a la competencia los mecanismos del mercado incipiente no funcionarán de modo totalmente satisfactorio (fallo coyuntural) y que aun con la competencia ya entablada, en los sectores con economías de red (la mayoría de los energéticos, muchos de los de abastecimiento y todos los de transportes y comunicaciones) los derechos que otorga la titularidad de la red deben verse limitados si se quiere que exista pluralidad, concurrencia y opcionalidad para los usuarios (teoría jurídica de las essential facilities y teoría económica del thirdparty access)”. ARINO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan Miguel. *Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 9, jan.-abr. 2000. p. 17.

competição nos mercados, haverá regulação setorial, geralmente a ser aplicada concomitantemente com o direito da concorrência⁶²².

Os principais questionamentos são focados, assim, nas realidades em que há concorrência efetiva nos mercados de telecomunicações. Neste contexto, indaga-se se a regulação setorial não deveria ser meramente temporária até o estabelecimento de tal concorrência⁶²³. Defendendo que o direito da concorrência seria mais flexível⁶²⁴ do que a regulação e que não envolveria escolhas prévias de beneficiados nos mercados⁶²⁵, há quem sustente⁶²⁶ que, em mercados de telecomunicações competitivos, seria mais adequado e melhor para os consumidores a longo prazo deixar a disciplina do setor exclusivamente a

⁶²² Evidenciando a importância da aplicação do direito da concorrência, mesmo com a aplicação da regulação setorial, veja-se: “Our second conclusion is that, even when sector-specific rules have been adopted, antitrust rules remain essential for the economic regulation of telecommunications. First, antitrust rules are needed - and indeed are best suited - to deal with a range of issues of economic regulation which are not addressed by the sector-specific rules discussed above. In the five countries examined here, antitrust rules have, for instance, been used to review mergers between telecommunications operators, prohibit collusive practices between competitors, and prevent anti-competitive cross-subsidies from regulated to unregulated activities”. GERADIN, Damien; KERF, Michel. *Controlling market power in telecommunications: antitrust vs sector-specific regulation*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 353.

⁶²³ Para um entendimento no sentido da transitoriedade da regulação no setor, veja-se: “La regulación no substituye al derecho de la competencia, que permanece en vigor como red de seguridad para aquellos casos en los que la regulación fall, bien por sus lagunas, bien por la incorrecta aplicación por parte de la autoridades públicas. Por otra parte, la regulación sectorial tiene una naturaleza transitoria y debe ser paulatinamente eliminada para dar paso a la mera aplicación de las normas de defensa de la competencia”. MONTERO PASCUAL, Juan; SOUTO SOUBRIER, Luis. De la desmonopolización a la competencia efectiva: aplicación de la normativa antitrust comunitaria española en el sector de las telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 4, parte 2, ago. 1998. p. 48.

⁶²⁴ Defendendo a maior flexibilidade do direito da concorrência em comparação com a regulação setorial, veja-se: “An advantage of general competition rules is that they apply horizontally and are totally sector independent. This makes them more flexible than sector-specific rules, especially in cases such as refusal to access. Situations may arise where the sector-specific framework cannot cope with the rapid development of technology which brings about new regulatory challenges. In such cases, Article 82 EC is a welcome instrument to address abusive behavior which stifles competition”. BRAUN, Jeans-Daniel; CAPITO, Ralf. The emergence of EC telecommunications law as a new self-standing field within community law. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. International competition law series. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 64.

⁶²⁵ Sobre as consequências da necessidade de escolha de beneficiados quando da adoção de regulação assimétrica, veja-se: “It has been noted that asymmetric measures in favor of newcomers lead to a sort of duopolistic equilibrium that is later difficult to rectify. Other companies attempting to enter the market later are therefore damaged. Thus, an asymmetric approach to market-opening regulation would lead to new and serious imbalances and favor one (or few) of the incumbent's competitors”. PERRUCCI, Antonio; CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 21, n. 6, 1997. p. 497.

⁶²⁶ Há, também, quem afirme que concorrência poderia disciplinar a totalidade do setor, mas desde que houvesse um quadro principiológico estabelecido or. Nesse sentido: “To return, therefore, to the original question whether telecommunications will operate effectively under the guidance of an invisible-hand mechanism – the answer is, to a large extent, yes – but only on a foundation of basic rules of the road, with less of a ‘retail approach’ of detailed legislation and more of the ‘wholesale approach’ of policy principles. As communications media converge, the invisible hand must ultimately be connected to a body of law. Ritualistically invoking competition is not enough. We need a principled superstructure to the technical infrastructure”. NOAM, Eli M. Principles for the Communications Act of 2034: The Superstructure of Infrastructure. *Federal Communications Law Journal*, v. 47, n. 2, art. 27, 1994. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol47/iss2/27>>. Acesso em: 14 jul. 2017. p. 6.

cargo do direito da concorrência⁶²⁷, inclusive diante da pressão competitiva que o desenvolvimento tecnológico introduz nos mercados⁶²⁸.

Em primeiro lugar, porém, a existência de mercados de telecomunicações efetivamente competitivos e sem falhas não é uma regra geral nas experiências nacionais e regionais de disciplina do setor. Mesmo na União Europeia, em que há histórica busca deste objetivo, muitas vezes as telecomunicações dentro do bloco são referidas como uma “colcha de retalhos” de mercados nacionais⁶²⁹. Com efeito, o setor de telecomunicações é pautado por externalidades⁶³⁰ e, especialmente, por externalidade de rede⁶³¹, de maneira que a penetração e a capilaridade⁶³² da rede detida por uma operadora tem significativa relevância nos mercados. Além disso, em diversos mercados acabam sendo verificados pontos de estrangulamentos, verdadeiros gargalos (*bottlenecks*), nos quais resta muito dificultado, quando não impossibilitado, o surgimento e a manutenção da concorrência. É o que ocorre com a denominada última milha (*last mile*)⁶³³, seja para a originação, seja para a terminação

⁶²⁷ Defendendo os benefícios a longo prazo de se deixar a disciplina do setor a cargo do direito da concorrência, e não da regulação setorial, veja-se: “In general, ex post control mechanisms provide a greater flexibility for the incumbent’s business decisions. The incumbent is expected to engage in more substantial innovative activities compared to those he would exploit in the case of a tighter ex ante control. Ex ante control, and its asymmetric nature may provide inefficient entrants a competitive advantage. This transitory competitive advantage, accompanied by network externalities and switching costs, may have substantial impact on the long-run evolution of the market”. BOURREAU, Marc; DOGAN, Pinar. Regulation and innovation in the telecommunications industry. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, n. 1, 2001. p. 182.

⁶²⁸ Sobre a relação da introdução de novas tecnologias com o surgimento de concorrentes e a necessidade de regulação, veja-se: “A introdução de novas tecnologias pode criar uma pressão concorrencial suplementar, o que tende a diminuir a necessidade de regulamentação”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário*. COM(2006) 28. 06 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017. p. 11.

⁶²⁹ Sobre a qualificação do setor na União Europeia como uma colcha de retalhos de mercados nacionais de telecomunicações, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: uma agenda digital para a Europa*. COM(2010) 245. 26 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017. p. 7. A preocupação com a fragmentação do setor já é antiga na União Europeia. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *European Parliament Resolution on the need to overcome the fragmentation in telecommunications*. OJ 12. 16 jan. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017.

⁶³⁰ Para um conceito de externalidade, veja-se: “Uma externalidade ocorre quando o consumo de um bem ou serviço por uma pessoa, ou a produção de uma empresa, afeta diretamente o bem estar de outra pessoa ou empresa que não é parte na transação. Ou seja, é uma cesta de bens ou serviços que é ‘fornecida’ por um agente econômico a outro, na ausência de qualquer transação econômica entre esses dois agentes relacionada a esse ‘fornecimento’”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Campus. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/dirp162.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2017. p. 88.

⁶³¹ Para um conceito de externalidade de rede, veja-se: “Externalidade de rede: Ocorre quando o bem estar de um agente ligado a uma rede (telefônica, de computadores, ferroviária etc.) é influenciado quando um novo agente se conecta a essa rede”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Campus. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/dirp162.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2017. p. 88.

⁶³² Sobre a importância da penetração e da capilaridade da rede em serviços de telecomunicações, veja-se: KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Publishers, 2001. p. 25.

⁶³³ A última milha (*last mile*) trata-se do último trecho pelo qual é realizada a ligação dos consumidores às redes físicas existentes, consistindo em tradicional ponto de estrangulamento da concorrência no setor. Nesse sentido:

de chamadas⁶³⁴. Igualmente, a constituição de redes alternativas e o desenvolvimento de competição entre redes ou entre infraestruturas⁶³⁵ também são cercados de desafios, acarretando relevantes peculiaridades específicas, seja para o desenvolvimento de concorrência nos mercados de telecomunicações⁶³⁶, seja para sua manutenção e estabilidade⁶³⁷.

“Em contraste, os mercados grossistas deram poucos sinais de concorrência sustentável, excepto, num reduzido número de casos, no que respeita ao mercado dos serviços de trânsito. A oferta de originação de chamadas, necessária para que os operadores alternativos possam oferecer os seus próprios serviços retalhistas de telefonia e de acesso à Internet na banda vocal, continua a ser um factor de estrangulamento permanente da concorrência”. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário*. COM(2006) 28. 06 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017. p. 8.

⁶³⁴ Evidenciando a existência de ponto de estrangulamento envolvendo esta última milha, veja-se que a União Europeia manteve entendimento de que, em matéria de terminação de chamadas, a empresa detentora da rede possui um monopólio no respectivo mercado, havendo o risco de, através de aspectos técnicos, financeiros ou de informação, tais empresas poderem bloquear o acesso das demais concorrentes. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *Recomendação da Comissão sobre o tratamento regulamentar das tarifas da terminação de chamadas em redes fixas e móveis na UE*. Recomendação 2009/396/UE. 07 maio 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2017. Cogitando de alternativas para lidar com os problemas da terminação de chamadas, veja-se: “In fact, the fear may be justified that, while the EU framework may be able to move end-users markets toward deregulation, the wholesale market regulation may be sticky and may even perpetuate itself for call termination, although intermodal competition between fixed and mobile networks will eventually gain full stream. If one applies ex ante price regulation to workably competitive mobile sectors now there would be no reason to abandon it ever. There is no foreseeable increase in replicability that could lead to a gradual softening of this regulation in line with the ladder approach by Cave et al. 2001. Then only two deregulatory options would exist. The first and most straightforward would be to move to a general receiver-pays principle. That would resolve the termination pricing issue and would put the emphasis squarely on the qualitative conditions and location issues of interconnection. The second would be to live with imperfect termination markets”. MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin. Technology evolution and the internet: introduction. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 25. Em sentido semelhante: VELJANOVSKI, Cento. Bill and Keep: A solution to the termination monopoly problem? *Case Associates*, out. 2007. Disponível em: <<http://www.casecon.com>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁶³⁵ Sobre a competição no setor baseada em infraestruturas, veja-se: “Successful competition for infrastructure can reduce the need for access regulation and does not preclude competition for services taking place at the same time. Dynamic access policies, for example access charges that rise over time, enable the fulfillment of both static and dynamic goals. It is important to reduce the uncertainty by providing regulatory transparency on these time-related issues”. CANOY, Marcel; BIJL, Paul de; KEMP, Ron. Economic aspects of access to networks: access to telecommunications networks. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 166. Para maiores informações sobre as diferenças e as consequências entre a competição baseada em serviços e a competição baseada em infraestruturas, veja-se: RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações: a Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 209.

⁶³⁶ Para exemplos de dificuldades concorrenciais decorrentes das peculiaridades das telecomunicações, veja-se: “Scholars working in the area of antitrust in dynamically competitive industries have argued that the competitive norm in such industries is temporary ‘winner take all’ innovators, succeeded in rapid order by a new ‘winner take all’ innovator and so forth. The period of monopoly for each innovator is in fact a reward to such innovators, and the temporary monopoly rents are merely the quasi-rents to a social beneficial activity. [...] But even these scholars admit that anticompetitive behavior can still exist: for example, exclusive distribution contracts with today’s monopolist can inhibit the rise of the next monopolist. The current serial monopolist, in this view, cannot use its temporary market power to forestall new innovators, and thus turn itself into permanent monopolist”. FAULHABER, Gerald R. Bottlenecks and bandwagons: access policy in the new

Em segundo lugar, mesmo quando atingido nível de concorrência em determinado mercado do setor⁶³⁸, qualquer conclusão acerca da possibilidade de revogação total da regulação setorial somente pode ser fundamentadamente adotada a partir da análise das respectivas finalidades buscadas. Como foi demonstrado anteriormente, a finalidade da concorrência está presente em economias de mercado. No entanto, esta deve dialogar e manter um equilíbrio com a finalidade setorial maior da busca da rede virtual, que não necessariamente estará sempre alinhada ao desenvolvimento da concorrência⁶³⁹. Como já referido, pelas suas características, a consecução e a manutenção de uma rede virtual, tal qual aqui preconizada, não é uma decorrência automática da existência de mercados competitivos⁶⁴⁰.

As experiências analisadas evidenciaram que determinados aspectos do setor só obtiveram avanços efetivos através de edição de regulação setorial, não bastando a aplicação do direito da concorrência⁶⁴¹. São exemplos as questões envolvendo interconexão,

telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 514.

⁶³⁷ Sobre a existência de instabilidade nos mercados, a dificultar ou a impossibilitar a manutenção de concorrência, veja-se: “Como visto acima, é tarefa mínima da regulação garantir, de forma ativa, condições básicas de concorrência. Essa necessidade pode se fazer sentir de forma premente em duas situações diversas. Em primeiro lugar quando existem condições estruturais que impedem o estabelecimento da concorrência. Em segundo, quando as mesmas condições estruturais não impedem que se crie a concorrência, mas fazem com que esta se torne instável. No primeiro caso trata-se da chamada regulação de posições dominantes; e no segundo, a regulação daquilo que aqui se convencionou chamar de regulação de mercados instáveis”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53.

⁶³⁸ Para uma análise dos mercados nacionais de países em que já foi identificado nível de concorrência minimamente adequado no ano de 2017, veja-se: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Digital Economy Outlook 2017*. OECD, 2018. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁶³⁹ Reconhecendo a existência, nas telecomunicações, de finalidade setorial distinta da busca da concorrência, com as implicações que derivam deste reconhecimento, veja-se: “Furthermore, when the Political decides that the Post Office has to fulfill a mission of social cohesion by maintaining post offices open in rural areas, and that compliance will be ensured by regulatory surveillance, this is a task completely foreign to competition. This is an example of market failure, not technical market failure, but simply because this function is foreign to the market, the market is not a place of ‘social cohesion’, since it requires the demander to be financially capable of purchasing, and requires the supplier to be able to take risks to be capable of selling. In such conditions, regulation will be definitive. The stability of this situation allows us to identify the primary definition of regulation: the permanent maintenance of an equilibrium between the principle of competition, and a principle of another nature that is a-competitive, or even anti-competitive”. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Regulation versus competition. *The Journal of Regulation*, n. 7, mar.-abr. 2011. Disponível em: <<http://www.thejournalofregulation.com>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 554.

⁶⁴⁰ Consoante adiantado ao abordar a finalidade da regulação em geral, mesmo quando inexistentes falhas de mercado, a regulação poderá incidir para assegurar o alcance de outros fins políticos e sociais, como é o caso da rede virtual aqui proposta. Em sentido semelhante, mas tratando de forma mais restrita sobre a universalização de serviços, veja-se: FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 244.

⁶⁴¹ Analisando diferentes experiências de disciplina do setor, foram identificados pontos em que a regulação setorial se mostra mais adequada para disciplinar as telecomunicações. Nesse sentido, veja-se: “A few lessons appear to emerge from the experiences of the five countries discussed above. Thus, sector-specific rules seen to

*unbundling*⁶⁴², *roaming*, portabilidade e universalização (inclusive de banda larga)⁶⁴³. Assim ocorreu, como visto, na Nova Zelândia, que decidiu introduzir a regulação setorial justamente para lidar com tais aspectos do funcionamento da rede virtual. Este foco da regulação no funcionamento da rede também é bem observado nas experiências da Coreia e da União Europeia, por exemplo. Outrossim, determinados aspectos técnicos e que envolvem escassez de recursos igualmente só encontraram disciplina adequada por meio da regulação. São exemplos as questões envolvendo alocação de espectro eletromagnético, concessão de direitos reais de passagem e numeração de serviços no setor, como verificado em todas as experiências investigadas.

Como é possível observar, não por acaso os pontos que demandaram atuação regulatória envolvem questões relativas ao funcionamento da rede virtual. A rigor, não são pontos que usualmente decorram da aplicação de normativas antitruste ou necessariamente

be needed to: specify interconnection prices and conditions; set the prices of resale services and – perhaps – the conditions under which the incumbent should provide unbundled access to the local loop (even though experience suggests that designing and implementing adequate unbundling rules is extremely difficult); enable number portability, carrier pre-selection, and numbering; control end-users price in market segments, such as that for fixed local calls, where competitive pressures remain weak; impose certain types of structural remedies, such as vertical separation between different market segments; and define and fund universal service objectives and allocate rights to use the radio-electric spectrum. Antitrust rules for their part remain essential in all five countries: antitrust rules are needed – and indeed are best suited – to deal with a range of issues of economic regulation that are not addressed by the sector-specific rules discussed above (e.g. to ensure merger reviews and to prohibit anti-competitive practices); antitrust rules may also play a residual role and fill gaps that might exist in sector-specific regulatory regimes”. KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: What works best? fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 5.

⁶⁴² Sobre a temática de *unbundling*, a partir de análise de estudos da OCDE, que evidenciam que regulação tem importante papel para expandir o acesso às redes, já se sustentou o seguinte: “For instance, an OECD (2007) study examined empirically the effects of unbundling on the roll-out of BB technologies. This was the first systematic empirical attempt to test this relationship using data for 2002 and 2005 from a number of OECD countries. The conclusions were very powerful and quite straightforward. It appeared that local loop unbundling was a catalytic factor for the deployment of BB in the OECD countries examined. [...] The author of the OECD study underlines the important role that the national regulatory authorities (NRAs) can play in determining an appropriate structure of access fees for the unbundled local loop infrastructure and in using subsidies for more BB penetration”. GENTZOGLANIS, Anastassios; ARAVANTINOS, Elias. Investment in broadband technologies and the role of regulation. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 17-40.

⁶⁴³ Apontando que a regulação desempenha importante papel na determinação da velocidade de expansão do acesso às redes de banda larga, veja-se: “Broadband deployment is uneven within and among countries. Without an adequate deployment of BB technologies, the economic growth of the countries is jeopardized. Apparently, regulation is one important factor determining the pace of deployment of BB technologies. The regulatory model chosen may impact positively or negatively on investment in BB infrastructure. Additionally, ubiquitous BB and mobile applications create new needs for spectrum availability and spectrum management becomes an important function of the regulatory agencies, particularly at this time of rapid evolution of the mobile technologies. The NGMNs require a new distinctive regulatory and policy framework which will deal explicitly with the issues and opportunities of the next phase of wireless technologies”. GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders. Evolving technologies, competition and the new role of regulation: introduction and synopsis of the book. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 02.

relacionados ao desenvolvimento e à manutenção de concorrência nos mercados. Justamente por esta inadequação finalística é que, na prática, as normas antitruste acabam não se revelando adequadas para a disciplina e o enfrentamento de tais questões setoriais, como as diferentes experiências do setor puderam demonstrar⁶⁴⁴.

Entretanto, são claramente aspectos necessários e inerentes ao funcionamento da rede virtual, tal qual aqui preconizado. Trata-se de questões específicas do setor, não decorrentes diretamente da constituição de concorrência dos mercados, que estão relacionadas à finalidade setorial de funcionamento de uma rede virtual e que, até mesmo por esta adequação teleológica, têm uma disciplina mais adequada através da regulação setorial.

Ou seja, mesmo em um cenário em que já existam mercados com nível adequado de concorrência – não se tratando mais, portanto, da etapa transitória de ruptura de monopólios e de desenvolvimento de competição nos mercados – nas questões que se refiram ao funcionamento das telecomunicações como um setor econômico, envolvendo a manutenção e a defesa da concorrência nos mercados, diretamente, o direito da concorrência mostra-se adequado para promover a disciplina legal. No entanto, nas questões que envolvem a rede virtual, não decorrentes, propriamente, da finalidade de concorrência existente, mas que são necessárias para o funcionamento da rede virtual conforme a realidade de cada país ou bloco, observa-se a maior adequação da regulação setorial.

Até mesmo porque, como foi observado nos estudos antecedentes realizados neste trabalho, em questões setoriais como as exemplificadas anteriormente, a decisão que for adotada sempre envolverá alguma escolha, algum *trade off*, com impacto no funcionamento dos mercados e na própria sociedade. Nesse sentido, por exemplo, ao tratar de acesso e interconexão às redes entre concorrentes, não é possível adotar solução rigorosamente

⁶⁴⁴ Sobre limitações e inadequação do direito da concorrência para lidar com questões como interconexão e acesso, veja-se: “Interconnection issues have, in many cases, been difficult to solve through antitrust. In New Zealand, the Clear-Telecom case related to local loop interconnection presented a major challenge to the regulatory model prior to the 2001 reforms: judicial processes aimed at determining what would constitute a fair interconnection price lasted for several years; different courts took different positions on the same issues; and at the end, judges refused to set a price and left the parties with the task of reaching a specific agreement conforming to broadly defined principles [...] Unbundled access to the local loop and resale of local services have generally not taken place under an antitrust-based regime, such as the one adopted in New Zealand. One has to recognize, however, that as far as unbundling is concerned specific regulation has not necessarily yielded better results. One reason is that determining the adequate pricing of unbundled elements (i.e. the price level that neither unduly discourages nor unduly encourages network investments by new entrants) is far from straightforward. Another reason is that implementation of such rules has proven very difficult with very few unbundling agreements being concluded between incumbents and new entrants”. KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: What works best?* fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 4.

neutra⁶⁴⁵. Mesmo que se utilize do importante ferramental econômico⁶⁴⁶, ao fim e ao cabo a decisão envolverá um *trade off*, uma escolha de um aspecto a ser preponderado em detrimento de outro. Se, seguindo com o exemplo, o acesso à rede existente for permitido a novos concorrentes a um custo relativamente baixo, por um lado, tal incentivará o surgimento de novas operadoras no mercado (já que estas terão à sua disposição toda a rede desejada), mas, por outro lado, prejudicará a empresa proprietária da rede (que verá sua vantagem concorrencial ser descartada) e poderá diminuir os incentivos ao desenvolvimento de infraestruturas alternativas no setor (ao tornar mais vantajoso para as novas empresas pagarem pelo acesso ou interconexão, em vez de terem de investir pesadamente visando à constituição de novas redes)⁶⁴⁷. Qualquer decisão neste tocante, portanto, ainda que releve e calcule, inclusive economicamente, as consequências envolvidas, implicará uma opção ou escolha, com um juízo sobre o *trade off* envolvido. O mesmo poderia ser dito, por exemplo, para alocação de espectro, universalização, concessão de direitos de direitos reais para passagem e os demais aspectos inerentes ao funcionamento da rede virtual.

Em verdade, mesmo eventual decisão de não adotar qualquer medida regulatória relacionada a tais questões envolve inerente escolha sobre finalidades buscadas (e não

⁶⁴⁵ Sobre a impossibilidade de se estabelecer decisão absolutamente neutra em matérias como a forma de se garantir o acesso às redes existentes, veja-se: “A common element in all this chapter’s discussion is that access prices can never be neutral by definition. Access prices affect competition – or more precisely, operator’s profits, market shares and retail prices. Much can be gained by acknowledging this and by using economic theory to analyze the various links between market and prices”. CANOY, Marcel; BIJL, Paul de; KEMP, Ron. Economic aspects of access to networks: access to telecommunications networks. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 165.

⁶⁴⁶ Independente da adoção ou não das conclusões derivadas da aplicação de ferramental econômico, não é afastada a necessidade de análise econômica quando da fixação das condições de acesso às redes existentes. Nesse sentido: “This leads us to the second economic issue: how should access to telecoms networks be priced? This question is at the core of the slow take-up of local loop unbundling in Europe. [...] Economists have a key role to play in identifying the pricing methodologies which will lead to prices that do not discourage market entry while compensating the incumbents for their genuine costs”. LOWE, Philip. Roundtable discussion: introduction to the roundtable on the economics of antitrust and regulation in the telecom sector. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 241.

⁶⁴⁷ Sobre as consequências que podem advir da fixação das diretrizes para o acesso às redes existentes pelas empresas concorrentes, veja-se: “What are the main risks of the regime? Experience in Europe and elsewhere suggests that regulators find it hard to ‘let it go’. Existing beneficiaries of regulation fight harder to retain it than potential beneficiaries of deregulation – who may not know what lies in store – fight to eliminate it. Regulators will have to make modest risks, especially in the relaxation of controls on retail prices. Damage can be limited by maintenance of ‘safety-net’ price controls in certain cases, subject to a finding of dominance. Second, there is a risk that pressure by entrants to keep access prices low may chill incentives to invest in alternatives infrastructure, including the new wireless technology. Broadband roll-out is a pervasive goal of policy in the EU, and one way of achieving it is to set low access prices to the historic operator’s facilities without consideration of the effect on alternative platforms based on cable, terrestrial wireless and satellite”. CAVE, Martin. The new regulatory telecommunications framework: economics aspects of the new regulatory regime for electronic communications services. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 44.

buscadas), com as consequências diretas e indiretas que decorram desta opção realizada⁶⁴⁸. Nesse contexto, até mesmo para fins de transparência, previsibilidade e segurança, revela-se mais adequado definir e ter conhecimento claro das finalidades que são perseguidas. Sendo a busca ou a manutenção da rede virtual efetiva e funcional a finalidade maior específica do setor não atingível natural e necessariamente com a concorrência, como aqui proposto, este juízo e a escolha são facilitados e indicam a necessidade de manutenção da regulação, por mais compatível e adequada para tratar de tal objetivo setorial e de seus desdobramentos.

Não são desconhecidas propostas e iniciativas de ajustes e de adaptações ao antitruste, de forma a abranger aspectos mais abrangentes, inclusive como decorrência do reconhecimento de que o direito da concorrência possui finalidades mais amplas do que a mera visão econômica e estrita do bem-estar do consumidor (*welfare*)⁶⁴⁹. Da mesma forma, a própria atuação das autoridades de defesa da concorrência poderia ser ampliada no que se refere à atuação *ex post* em controle de condutas, de maneira a incorporar aspectos relativos aos mercados que funcionam em rede, abrangendo também, desta forma, questões inerentes ao funcionamento da rede virtual.

Um exemplo desta ampliação de âmbito de atuação e de abrangência é a utilização, pelo direito da concorrência, do conceito de infraestruturas essenciais⁶⁵⁰ (*essential facility*⁶⁵¹),

⁶⁴⁸ Como mencionado anteriormente, para um entendimento sobre o *trade off* envolvido mesmo na decisão de deixar os mercados livres de qualquer intervenção regulatória, veja-se: STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 605.

⁶⁴⁹ Como destacado por Maurice Stucke, a aceitação de que o antitruste pode ter finalidades mais amplas implica a realização de ajustes ao direito da concorrência, seja adotando padrões de conduta mais claros, seja estabelecendo prioridades entre as finalidades buscadas, de maneira a não deixar totalmente aberta a discricionariedade para a atuação das autoridades. Nesse sentido: STUCKE, Maurice. Antitrust 2025. *CPI antitrust Journal*, v. 2, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1727251>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 1-11.

⁶⁵⁰ Sobre o conceito de infraestruturas essenciais, também denominadas de instalações essenciais, veja-se: “Instalação essencial: São equipamentos ou edificações sem os quais é impossível produzir um bem ou serviço. Na doutrina legal americana, para que uma instalação seja considerada essencial ela deve satisfazer quatro condições: (a) o acesso a essa instalação é necessário para que uma empresa possa competir no mercado em questão; (b) essa instalação é controlada por uma firma dominante; (c) é impossível, na prática, reproduzir em condições razoáveis essa instalação; e (d) é possível para a firma que controla essa instalação prover acesso a ela para outras empresas”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Campus. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/dirp162.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2017. p. 89. Em sentido semelhante: “Nesse escopo, o primeiro aspecto a ser destacado diz respeito à concepção que se adota sobre o que vem a ser uma *essential facility*. Parece haver coincidência acerca desse tema específico. Em ambos os casos, admite-se a existência de uma *essential facility* quando o seu acesso for indispensável para a realização da concorrência com o seu detentor (sendo que essa concorrência geralmente ocorre no mercado a jusante). Significa que a negativa de acesso à *facility* inviabiliza a atividade do concorrente, impedindo-o de ingressar no mercado. Os exemplos variam de acordo com a situação concreta, sendo certo que a identificação de uma *essential facility* é factível quando se tratar, por exemplo, de terminais ferroviários, portos e aeroportos, redes de transmissão de energia elétrica, gás ou combustíveis líquidos, determinados sistemas informatizados (como os sistemas de reserva de passagens aéreas)”. NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 161. Para mais informações sobre

quando da análise dos mercados de telecomunicações. Nestes casos, utilizando-se do conceito em questão, considera-se que tais redes são estruturas sem as quais não é possível o funcionamento dos mercados neste setor, ao mesmo tempo em que, por alguma circunstância, tais redes permanecem sendo controladas por uma ou mais empresas. Assim, dentro de um conceito de infraestruturas essenciais nas telecomunicações⁶⁵², entende-se que estas operadoras poderiam se beneficiar da situação, no intuito de evitar o acesso das demais concorrentes à rede e, assim, impedir o surgimento e o fortalecimento da concorrência.

A aplicação desta teoria no direito da concorrência gerou – e gera, ainda – significativos debates⁶⁵³, havendo quem defenda, veementemente, seu abandono completo ou,

os requisitos necessários para a caracterização da teoria da *essential facilities*, veja-se: CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Regulação pró-concorrencial de acesso a ativos de infraestrutura: regime jurídico e aspectos econômicos. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96-120.

⁶⁵¹ Sobre a origem da *essential facility doctrine* e para o seu maior detalhamento, veja-se: “A primeira alusão à *essential facility doctrine* ocorreu no Direito norte-americano em 1977, por ocasião do julgamento do caso *Hecht v. Pro-Football* pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia. Além desta, várias outras decisões – expressamente ou indiretamente fundamentadas na teoria – foram proferidas pelas Cortes inferiores, que compõem o Poder Judiciário Federal daquele País, para resolver casos de recusa de contratar por parte de empresas detentoras de posição de monopólio. Praticamente, todas retrataram hipóteses de ofensa ao *Sherman Antitrust Act (Section 1* ou *Section 2*, conforme o caso). Não obstante, a literatura costuma atribuir o seu surgimento a um julgamento mais antigo da Suprema Corte, de 1912: o *United States v. Terminal Railroad Association*. Este precedente, apesar de não ter feito expressa menção à teoria, assentou as bases para a noção de *essential facility* e o seu compartilhamento, com fulcro no *Sherman Act*”. NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 78.

⁶⁵² Sobre a aplicação da teoria de infraestruturas essenciais em casos de redes de telefonia, veja-se: “Take, for instance, a telephone company that owns the copper telephone wiring connecting all houses and businesses in an area. The company also provides telephone service to the households and businesses connected to this essential facility. Other firms would like to have access to the network to provide their own telephone services to consumers (e.g., mobile telephone companies want to be able to connect phone calls from their customers owning cell phones to consumers connected to the copper telephone line). Internet service providers would like to access the network to provide Internet services. If the network owner charges to those requesting access monopoly prices that are too high, he can create a situation in the market for telephone services or in the market for Internet access (often indicated as the ‘downstream markets’) that makes competition very difficult, if not impossible. He can refuse access to all competitors and keep the downstream market for the telephone and Internet services to himself. Sometimes such a network is called an essential facility. An essential facility is necessary to supply consumers. In order to stimulate competition, the government might require the owner of the essential facility to provide access to his competitors. The issue then becomes this: What is the price of access?”. HARRISON, Jeffrey L.; THEEUWES, Jules. *Law and economics*. New York: W. W. Norton & Company, 2008. p. 137.

⁶⁵³ Não são desconhecidas as críticas, favoráveis e contrárias, ao aludido conceito de infraestruturas essenciais nas telecomunicações: “A crítica mais consistente foi exposta por Phillip Areeda, em um artigo publicado em 1990, através do qual anuncia, logo de início, que a *essential facility doctrine* representa mais um epíteto em busca de princípios limitadores do que uma teoria, pois indica apenas as exceções ao direito de um sujeito manter para si as suas próprias criações. O motivo da assertiva, para o autor, reside no fato de que não se encontram decisões em que conste uma *consistent rationale* para a ‘assim chamada’ teoria das *essential facilities*, ou que explorem os custos sociais, os benefícios e os custos administrativos advindos da imposição do compartilhamento de um *bem* entre o sujeito que o desenvolve e seu concorrente. Como ressalta, entre os precedentes utilizados para confirmar a teoria, a maioria faz referência apenas por dedução e de forma muito restritiva. [...] O direito de acesso à infra-estrutura já estabelecida, em condições isonômicas e não discriminatórias, mediante o pagamento de uma contraprestação adequada e justa, constitui verdadeiro princípio geral do Direito Antitruste. A *essential facility doctrine*, nesse contexto, consiste em um valioso instrumento

no mínimo, sua restrição a hipóteses extremamente limitadas de cabimento⁶⁵⁴. Um dos pontos questionados é justamente a confusão acerca dos objetivos buscados que a adoção de tal teoria introduz no direito da concorrência. Determinar as condições, inclusive pecuniárias, em que uma empresa detentora de uma rede deva possibilitar o acesso a esta rede a seus concorrentes claramente implica a realização de escolhas, políticas e teleológicas, a fim de definir o que, como resultado, será incentivado. Identificar que a postura de uma empresa, ao fixar determinado preço para o acesso à sua rede, tem ligação com pretensão anticompetitiva e não com estratégia de mercado de aferir lucro com o acesso, ainda mais em contexto natural de assimetria de informações e na ausência de quadro de regras específico disciplinando as condutas, é possível a partir de uma análise teleológica, aceitando-se finalidades outras, que não propriamente as usualmente acolhidas no antitruste.

Tanto é assim que, nos já mencionados casos *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, de 2004, e *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, de 2009, da experiência dos Estados Unidos da América⁶⁵⁵, a conclusão prática acabou sendo de que o comportamento de operadora que impôs determinado preço, objetivando lucro, para que concorrentes acessem sua rede de telecomunicações, não poderia ser tido como ilegal com base no direito da concorrência. De modo semelhante, na experiência da União Europeia, a questão também gerou discussões, tendo ocorrido solução de caso de maneira a restringir significativamente sua aplicabilidade⁶⁵⁶. Nas experiências analisadas em

para promover esse escopo. Evidente que não propugna a aplicação impensada dessa teoria para todas as situações em que um potencial concorrente deseje o acesso a uma infra-estrutura já estabelecida. Não basta que o acesso seja útil, ou torne a atividade do terceiro ingressante menos onerosa. É necessário que o acesso seja indispensável (vital) para o desenvolvimento da atividade econômica do concorrente, isto é, indispensável para a concorrência. Exige-se a impossibilidade de duplicação da infra-estrutura. E é imprescindível, também, que o compartilhamento seja possível, tanto em termos econômicos como técnicos”. NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 300.

⁶⁵⁴ Defendendo o abandono da teoria da *essential facility* no direito da concorrência ou, no mínimo, uma severa restrição da sua abrangência, de maneira a contemplar poucas hipóteses de negativa de venda, veja-se: AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: An analysis of antitrust principles and their application*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 2006.

⁶⁵⁵ Para um detalhamento acerca dos referidos casos paradigmáticos da experiência dos Estados Unidos da América, bem como para uma análise das consequências que destes podem ser extraídas, veja-se: WU, Tim. A Brief History of American Telecommunications Regulation. *Oxford Encyclopedia of Legal History*, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=965860>>. Acesso em: 12 out. 2017. Com enfoque ainda mais centrado no caso *Trinko* acima citado, veja-se: GERADIN, Damien. Limiting the scope of article 82 of the EC Treaty: what can the EU learn from de U.S. Supreme Court’s Judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*? *Common Market Law Review*, dez. 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=617263>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

⁶⁵⁶ Fazendo referência ao caso denominado de *Bronner*, assim foi afirmado no que se refere à experiência da União Europeia: “In *Bronner*, Advocate General Jacobs concluded that, unless there is an abuse, ‘the mere fact that by retaining a facility for its own use a dominant undertaking retains an advantage over a competitor cannot justify requiring access to it.’ The mere fact that a dominant firm has cost advantages over a rival cannot require the dominant firm to compensate rivals for them. If the dominant company has cost advantages in comparison

que houve imposição efetiva de separação funcional ou estrutural no setor (como nos casos do Reino Unido e de Botswana), tal decorreu da aplicação da regulação, e não do direito da concorrência, não tendo sido este suficiente, mesmo com a ampliação de seu escopo, para determinar a incidência de tal excepcional remédio.

Ou seja, ainda que fosse possível a utilização do direito da concorrência para a solução de aspectos típicos do funcionamento da rede virtual – como no caso da interconexão ou do acesso de concorrentes à rede – tal acaba acarretando fundadas preocupações, especialmente no que se refere à utilização do antitruste para finalidades sociais e políticas que não necessariamente são reconhecidas e atribuídas ao direito da concorrência pelo respectivo país ou bloco. Em outras palavras, tal acaba determinando que o direito da concorrência e as respectivas autoridade passem a regular e a intervir diretamente em mercados, protegendo concorrentes específicos e não a concorrência como um todo, sem um suporte normativo ou teleológico para tanto. Corre-se o risco de o direito da concorrência se transformar em regulação, dificultando, sobremaneira, a consecução das finalidades do próprio antitruste⁶⁵⁷. A longo prazo, tal poderia afetar todo o sistema de defesa da concorrência, retirando por completo sua credibilidade e impedindo sua utilização para o atingimento das efetivas finalidades a este atribuídas pelo respectivo país ou bloco⁶⁵⁸.

with its competitor, they are legitimate, and the dominant company need do nothing to lessen the impact of the cost advantage. It is only if the dominant company charges its competitor more for some essential input which both the downstream operations must use (i.e., discrimination), or if the dominant company's downstream operations are below its costs on the basis of that price (i.e., a margin squeeze), that an abuse occurs. A dominant company has no obligation to subsidize a competitor or to compensate it for any cost disadvantages. In sum, a rival cannot claim under competition law to be entitled to the same efficiencies and cost basis as a dominant firm. [...] All of the above scenarios raise essentially the same point: the concurrent application of regulation and competition can frequently create situations in which conflicts arise between the consumer welfare standards that underpin competition law and the need to maintain equality of opportunity for firms who depend on incumbents for essential inputs under regulation". GERADIN, Damien; O'DONOGHUE, Robert. The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector. *Journal of Competition Law and Economics*, n. 1 (2), 2005. p. 62.

⁶⁵⁷ Sobre as diferenças dos papéis que devem ser atribuídos à regulação e à defesa da concorrência no setor, veja-se: “En este contexto es importante comprender las distinciones entre un organismo regulador y una agencia de competencia. Si confundimos sus roles caeremos en el futuro en la fácil tentación de asimilar lo que hacen ambos. El resultado puede ser agencias de competencia regulando y no promoviendo competencia”. GONZALEZ, Alfredo. *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. 2. ed. Lima: Palestra, 2006. p. 921. No mesmo sentido: “Although we agree that antitrust rules be used to maintain a competitive market structure, we question the use of antitrust remedies to reshape the telecommunications sector or achieve specific regulatory objectives. Very often, operators are under no position to negotiate, and the clearance process turns into a game of regulatory extortion”. GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 549.

⁶⁵⁸ Sobre os riscos de a defesa da concorrência ser utilizada para atingir fins regulatórios, veja-se: “Competition law seeks to promote economic efficiency by protecting a competitive market structure. Regulation is different in that it seeks to smooth out market imperfections over time, including, where appropriate by creating (new)

Em verdade, direito da concorrência e regulação setorial, como visto, possuem finalidades próprias, que devem dialogar, é claro, mas que são particulares e implicam normativas e consequências próprias. A utilização do direito da concorrência para a consecução de finalidade regulatória específicas, não apontadas ou reconhecidas ao próprio antitruste, como se indica ser o caso da rede virtual no caso das telecomunicações, conduz às deturpações e às dificuldades de conciliação de interesses divergentes, como acima destacado. Nesse compasso, independente da possibilidade, em tese, de o direito da concorrência ser adaptado e ajustado para atender aos interesses específicos do setor, é possível concluir que, aceitando-se a finalidade maior do setor de constituição de uma rede virtual, a regulação setorial mostra-se mais adequada e compatível com a busca de tal finalidade, até mesmo a fim de não deturpar o sistema de defesa da concorrência.

Portanto, mesmo em mercados com concorrência estabelecida, há espaço e é adequado com as finalidades apresentadas, especialmente com a noção de rede virtual aqui tratada, a manutenção de regulação setorial nas telecomunicações. As questões típicas do setor enquanto funcionamento de uma atividade econômica específica, podem e devem ser disciplinados exclusivamente pelo direito da concorrência⁶⁵⁹. Tal inclui análise de atos de concentração⁶⁶⁰, controle de condutas anticompetitivas⁶⁶¹ e análise de poder de mercado,

precise duties that could not be imposed under competition law. Competition law cannot and should not be used to achieve regulatory objectives, such as assisting the entry of additional operators on the market through favorable pricing mechanisms, even if the competition authorities of NRAs believe that, in so doing, competition would be enhanced in the long-run. The risk of regulation through competition law is particularly acute when sector-specific regulators have concurrent powers to apply competition rules to the sector that they are charged with regulating. But competition authorities acting in newly-liberalized markets also ignore from time to time that their duty is to protect competition and not competitors. Incumbents can only be required under competition to assist their competitors in wholly exceptional circumstances and they have no duty to compensate rivals for any advantages that they might be under (unless of course they have caused them)". GERADIN, Damien; O'DONOGHUE, Robert. The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector. *Journal of Competition Law and Economics*, n. 1 (2), 2005. p. 422.

⁶⁵⁹ Sobre a aplicação exclusiva do direito da concorrência no que tange à análise do setor enquanto uma atividade econômica específica, especialmente em mercados competitivos, veja-se: “Uma vez que o mercado de determinado setor regulado estiver funcionando em condições satisfatórias deve haver a flexibilização das normas regulatórias para permitir o seu livre funcionamento, passando-se para um enfoque propriamente regulatório; de forma que a agência reguladora possa exercer uma atividade de natureza mais técnica, regulando e fiscalizando prestação dos serviços, preocupando-se muito mais com a fiscalização, qualidade, e eficiência na prestação e atendimento das necessidades do usuário, do que propriamente com a concorrência, deixando esta preocupação para as agências de defesa da concorrência, que por motivos óbvios deve ser o foro para discussões dessa natureza”. GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. Concorrência e Regulação no Setor de Telecomunicações. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 609.

⁶⁶⁰ Sobre adequação do direito da concorrência para tratar das questões envolvendo atos de concentração, veja-se: “Antitrust provisions have also been successfully applied in the area of merger controls. In Australia, for example, operators chose to cancel merger plans when antitrust authorities announced, after a preliminary investigation, that the proposed mergers would likely breach the provisions of the antitrust legislation. Similarly, in the US, MCI-Worldcom and Sprint decided to call off their planned merger following a declaration by the

exatamente como realizado com os demais setores da sociedade. Com efeito, uma vez completado o processo de reforma do setor, com a existência de estável concorrência efetiva nos mercados, não haveria necessidade para a regulação setorial, pelo menos no que diz respeito ao tratamento das telecomunicações enquanto uma atividade econômica específica.

Já no que se refere ao funcionamento da rede virtual, tal qual aqui preconizado, as questões pertinentes podem e devem ser tuteladas pela regulação setorial⁶⁶², por mais compatíveis teleologicamente. Mesmo havendo concorrência efetiva nos mercados, ainda assim seriam necessárias decisões políticas específicas do setor⁶⁶³, pautadas pela busca da rede virtual e determinando a adoção de ações peculiares às telecomunicações⁶⁶⁴. Consoante exposto, a finalidade da rede virtual, com as subfinalidades decorrentes e as demais

antitrust authorities that the transaction would reduce competition in the provision of important telecommunications services. In Chile as well, a statement by the antitrust authorities that a merger between the local operations of the incumbent and those of a cable operator would eliminate a promising source". KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: What works best?* fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 4.

⁶⁶¹ Sobre a adequação do direito da concorrência para lidar com questões de práticas anticompetitivas e abusos de posições, veja-se: "Reliance on antitrust yielded some good results when the courts intervened to stop clear abuses of dominant positions. In New Zealand, for example, in the context of a dispute on local loop interconnection, judges agreed that the incumbent (Telecom) was abusing its dominant position vis-à-vis a competitor (Clear) when it forced Clear's customers to dial an access code and when it imposed upon Clear the same interconnection price as that paid by any of Telecom's large end-users with their own switches. In Chile as well, antitrust authorities took action to prevent the incumbent provider of local services (CTC) from offering discounts to its own subscribers, but not to others, on certain fixed to mobile services". KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: What works best?* fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 3.

⁶⁶² Sobre o papel da regulação setorial em relação à manutenção da rede virtual tal qual aqui proposto, veja-se: "In the post-liberalization era, sector-specific regulation will concentrate on the proper functioning of the overall telecommunications sector as the foundation for economic and social activity. With respect to transactional access, the role of the regulator is likely to consist in monitoring the 'virtual network' to ensure that no losses in overall welfare would ensue because transactions could not be carried over the virtual network according to the requirements of the parties, for lack of interconnection, interoperability, standardization or compatibility". LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 397.

⁶⁶³ Sobre a inafastável necessidade de adoção de decisões políticas no setor, em relação ao funcionamento da rede virtual, com foco na realidade da União Europeia, mas, como exposto, neste tocante, em tudo aplicável aos demais países e blocos, veja-se: "The establishment of free competition in telecommunication should not be an excuse for eliminating all public-sector involvement. On the contrary, the public sector will have to raise again its role. A public-sector role will continue in most of the European Union states, not only for the transitional period to an Information Society but later as well, in order to guarantee the fulfilment of public and private rights and duties. With free competition in telecommunications, the market itself is not enough to guarantee the range of services needed throughout Europe to develop the Information Society. It will be necessary for European regions to have a policy that guarantees a coherent development of basic networks, infrastructures and services. The respective role of the states and regions must be balanced and complementary, and they must be coordinated with private initiatives. These initiatives are expected to be the real promoter and manager of Information Society development". ALABAU, Antonio. *Telecommunications and the information society in European regions*. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 21, n. 8, 1997. p. 771.

⁶⁶⁴ Sobre a necessidade de decisões e de ações específicas ao setor, mesmo em mercados competitivos, em decorrência da finalidade maior da rede virtual, veja-se: LAROUCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 319.

implicações práticas deste entendimento, não são atingidas ou adequadamente tuteladas pelo direito da concorrência, a justificar, portanto, a manutenção da regulação setorial neste tocante. Tal inclui aspectos técnicos e de recursos escassos no setor, como alocação de espectro, concessão de direitos reais para instalação ou compartilhamento de infraestrutura de rede e numeração de serviços. Inclui, também, outras questões necessárias ao funcionamento da rede virtual, como interconexão, acesso às redes (abrangendo *unbundling*), universalização e seu financiamento, segurança e privacidade nas redes, portabilidade, *roaming* e proteções especiais ao consumidor no setor⁶⁶⁵.

Obviamente que, ao se preconizar neste trabalho a necessidade de manutenção da regulação setorial mesmo em mercados de telecomunicações competitivos, não se está defendendo ou justificando a adoção de toda e qualquer regulação no setor. Pelo contrário, aliás. Coerentemente com o que foi exposto ao se apresentar a proposta de rede virtual como finalidade, a regulação setorial justificada pelo que aqui se defende é aquela na exata medida da necessidade e da adequação à busca da rede virtual no respectivo país ou bloco.

Com efeito, são bem conhecidos os custos, desafios e riscos que envolvem a edição, a manutenção e a aplicação de regulação nos mercados⁶⁶⁶. Para muito além dos custos para manter em efetivo funcionamento as autoridades reguladoras e para se assegurar o cumprimento das normas setoriais específicas⁶⁶⁷, há riscos muito significativos de captura da autoridade reguladora⁶⁶⁸ ou desta autoridade passar a perseguir objetivos próprios, visando à

⁶⁶⁵ A listagem realizada acerca de aspectos inerentes ao funcionamento da rede virtual é exemplificativa, e não exaustiva. Aliás, nem sequer poderiam ser desde logo apresentadas todas as questões que podem e devem ser submetidas à regulação setorial, pois, como proposto neste trabalho, tais questões variam em conformidade com diversas características de cada país e bloco, incluindo nível de desenvolvimento do setor e nível de concorrência existente nos mercados. Ademais, o acelerado ritmo de inovações tecnológicas faz surgir novas questões que, conforme o caso e o momento, podem ser consideradas como necessárias ao funcionamento da rede virtual e, por consequência, passíveis de tratamento pela regulação setorial.

⁶⁶⁶ Para um entendimento clássico sobre os custos envolvidos na regulação, veja-se: POSNER, Richard A. The Social Costs of Monopoly and Regulation. *The Journal of Political Economy*, v. 83, n. 4, ago. 1975. p. 807-828. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1830401>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

⁶⁶⁷ Sobre os custos da regulação setorial, veja-se: “It is true that the definition of such remedies typically require detailed information about the costs of providing certain services, etc., which NRAs are better able to collect and process than NCAs. This disadvantage is, however, compensated by the fact that NCAs will intervene on an ex post basis and thus have more information on the practical impact of the incumbent’s pricing strategy. A more serious disadvantage for the NCAs is that they are not typically equipped to engage in the monitoring tasks that are required to properly enforce price-related remedies once they have been adopted. This should not, however, lead to the conclusion that ex ante intervention is always warranted. Indeed, as suggested below, competition authorities intervening ex post can share the work with NRAs, for instance by allowing them to define remedies and to enforce them”. GERADIN, Damien; O’DONOGHUE, Robert. The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector. *Journal of Competition Law and Economics*, n. 1 (2), 2005. p. 414.

⁶⁶⁸ Sobre os riscos e os custos da captura da autoridade reguladora, especialmente pelas empresas detentoras de maior poder de mercado, veja-se: “The regulatory solution is costly for society since regulators need substantial

sua perpetuação⁶⁶⁹. Ainda, há de se considerar os custos e prejuízos que uma intervenção equivocada⁶⁷⁰ ou excessiva⁶⁷¹ possa causar ao mercado e à sociedade.

Tais riscos e custos – que em grande parte também podem ser apontados, guardadas as proporções, ao direito da concorrência e à respectiva autoridade – não têm o condão, porém, de descaracterizar ou afastar a conclusão pela necessidade da regulação setorial. Apenas

information to have the specialist expertise to monitor the market. This implies that the regulator must be in almost continuous contact with the regulated firm, since the latter has best knowledge of the market. However, given that regulated firms have a very high incentive to seek to influence the regulator, and government are not always in a position to fully monitor the regulator, some economists argue that ‘regulatory capture’ (regulators being controlled by the regulated firm) is a clear threat”. BUIGUES, Pierre. The new regulatory telecommunications framework: the competition policy approach. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 26.

⁶⁶⁹ Sobre o risco de a autoridade reguladora perseguir objetivos próprios, contrariando os objetivos específicos da política do setor, veja-se: “Ideally regulators should only pursue those objectives that have been assigned to them by legislation. That reality conforms to this ideal is a pious hope, however. As Viscusi et al. (2000, p. 44) write in their classical textbook on economic regulation, ‘in theory, regulatory agencies serve to maximize the national interest subject to their legislative mandates (...) Such a characterization of regulatory objectives is, unfortunately, excessively naive. There are a number of diverse factors that influence policy decisions, many of which have very little to do with these formal statements of purpose’. Hence, the positive theory of regulation assumes that regulators also pursue their own objectives, which consist in maximizing their own influence or power. Put differently, it is more attractive to direct or to work for a large and/or influential agency or authority than for a smaller and less important institution. Therefore, bureaucracies tend to grow and to expand their tasks and competences. People want to be important, and they are (or feel) the more important the more issues they are allowed to decide”. HAUCAP, Justus. The Regulatory Framework for European Telecommunications Markets Between Subsidiarity and Centralization. In: PREISSEL, Brigitte; HAUCAP, Justus; CURWEN, Peter (eds.). *Telecommunication Markets: Drivers and Impediments*. Springer Series in Contributions to Economics. Physica-Verlag Heidelberg, 2009. p. 472.

⁶⁷⁰ Sobre os custos relativos à decisão prévia da disciplina do setor, inerente à regulação setorial, veja-se: “One of the problems of ex ante regulation is that it needs to rely on a set of assumptions that may not necessarily hold true in the long run. Regulation takes time and can often lag behind market developments. The welfare costs of regulatory lag in the telecommunications sector may be enormous, given the extreme sensitivity of this sector to regulation. From that standpoint, the advantage of ex post intervention is that it intervenes after the facts. Thus, the risks of mistaken intervention are probably lower than under ex ante regulation. An obvious counterargument to this is that, in some circumstances, ex post intervention will come too late. Thus, a balance must be struck between the risk of mistakes that is inherent to ex ante intervention and the risk of complete elimination of competition”. GERADIN, Damien; O’DONOGHUE, Robert. The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector. *Journal of Competition Law and Economics*, n. 1 (2), 2005. p. 414.

⁶⁷¹ Sobre os maiores riscos que envolvem uma regulação excessiva, veja-se: “In telecommunications markets, overregulation is especially problematic, however, as the welfare losses from over- and underregulation are not distributed symmetrically. Quite generally, if an innovation or investment is not undertaken as a consequence of overregulation in dynamic industries, the entire market rent that could have been realized otherwise is lost. If, in contrast, prices are too high due to underregulation, “only” an allocative efficiency loss results which is confined to the Harberger triangle (also see Baake et al. 2007). Hence, the costs associated with the two different types of errors (type-I and type-II-error or false positives and false negatives) are very different. As a consequence, more emphasis should be placed on preventing overregulation. In case of doubt, it is better to deregulate too early than to regulate too early or too long. The difference in the welfare cost of over- and underregulation should be reflected in the institutional setup of the regulatory system. Put differently, it must be made more difficult for regulators to regulate than to deregulate”. HAUCAP, Justus. The Regulatory Framework for European Telecommunications Markets Between Subsidiarity and Centralization. In: PREISSEL, Brigitte; HAUCAP, Justus; CURWEN, Peter (eds.). *Telecommunication Markets: Drivers and Impediments*. Springer Series in Contributions to Economics. Physica-Verlag Heidelberg, 2009. p. 474.

evidenciam a necessidade de controle⁶⁷² e acompanhamento da adequação desta⁶⁷³, inclusive econométrico, a fim de tentar minorar as possibilidades de concretização dos riscos⁶⁷⁴ e de diminuir as suas consequências danosas, caso venham a ocorrer.

Assim, em mercados competitivos, em que a regulação não precise ser pautada pela busca da concorrência e que o setor, enquanto atividade econômica, já é tutelado pelo direito da concorrência, o foco da regulação há de estar naqueles aspectos indispensáveis ao funcionamento da rede virtual e na proporção do necessário a tal funcionamento.

Com efeito, não existe regulação perfeita⁶⁷⁵, bem como, também, não há de se falar em concorrência perfeita⁶⁷⁶. Assim, especialmente em mercados competitivos e de alta relevância

⁶⁷² Sobre relevância de haver controle sobre a regulação, para evitar excessos, veja-se: “Therefore, in the absence of a set of transparent, predictable and fair rules, deregulation or privatization alone are unlikely to attract sufficient investment capital to an economy. As Levy and Spiller (1996) have argued, the effectiveness of the mechanisms a society uses to control the arbitrary decisions of governmental authorities is very important in determining governance quality. Econometric analyses too have confirmed the importance of the quality of regulatory governance”. JAYAKAR, Krishna; MARTIN, Brandie. *Regulatory governance in African telecommunications: Testing the resource curse hypothesis. Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 36, n. 2, 2012. p. 700.

⁶⁷³ Sobre as dificuldades da regulação, sendo avaliadas as questões que precisam ser dimensionadas: “Um bom arranjo regulatório tem baixo custo de implementação, por lidar bem com a assimetria de informação existente entre regulador e regulado, e apresenta estabilidade e transparência como forma de conferir maior segurança ao ambiente de negócios. Atingir esses propósitos não é tarefa fácil e impõe constantes desafios à Economia e ao Direito para a construção de um ambiente institucional que confira ao Estado a sua correta dimensão, sobretudo na presença de falhas de mercado, e que dê os corretos incentivos aos agentes econômicos, aproximando ao máximo o resultado da maximização individual daquele obtido com a maximização conjunta. A complexidade desse exercício está, além da quantidade de variáveis envolvidas, no seu aspecto intertemporal (dinâmico) e interdependente (a cada ação de uma área Economia x Direito há uma reação da própria área e/ou de outra, conferindo novas ações e novos resultados). Talvez seja justamente esse o ingrediente que torne o estudo desses temas tão fascinante e inesgotável”. VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. *Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

⁶⁷⁴ Sobre a possibilidade de diminuição dos custos envolvidos, dependendo da regulação adotada, veja-se: “Entrusting specialized authorities with the task of regulating the telecommunications sector and limiting judicial processes to appeals on legal grounds only, limiting the number of sector-specific rules and keeping them as simple as possible, discouraging delaying tactics, streamlining procedures and adopting time-limits, can all help to reduce the length and costs of regulatory processes. [...] Finally, ensuring that the regulatory framework is as clear and simple as possible and adopting the measures listed under Section D, above, to maximize the competence of regulatory authorities will help to reduce the risks and costs of regulatory mistakes”. GERADIN, Damien; KERF, Michel. *Controlling market power in telecommunications: antitrust vs sector-specific regulation*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 379.

⁶⁷⁵ Sobre a necessidade de manutenção de regulação, mesmo reconhecendo ser impossível implementar uma regulação perfeita, veja-se: “La energía, el transporte, las telecomunicaciones o el sistema financiero estarán siempre regulados. La importancia social de tales actividades, la asimetría de posiciones entre empresas y usuarios, la dificultad de crear un mercado abierto y transparente, las limitaciones técnicas, y otros factores, así lo exigen. Pero la regulación, tal como hasta ahora la conocemos, ha acreditado igualmente sus incapacidades y sus fracasos. Por tanto, la búsqueda del mejor medio para alcanzar el objetivo de la eficiencia económica y el buen servicio al ciudadano no se plantea como un dilema entre competencia perfecta, que es imposible, ‘versus’ regulación perfecta, igualmente inalcanzable. La reforma ha de consistir precisamente en esto: en introducir una mayor competencia en aquellos aspectos o actividades en que ésta sea posible y en revisar o reformar el sentido de la regulación orientándola a la recreación del mercado”. ARINO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan

social, como é o caso das telecomunicações, com a regulação assumindo ainda maior importância⁶⁷⁷, deve-se buscar a regulação mais adequada possível. E, como referido, esta adequação é pautada justamente pela finalidade da rede virtual e pelos mecanismos normativos adotados por cada país ou bloco para incorporar tal finalidade – e eventuais outras acolhidas – ao ordenamento.

Como decorrência deste entendimento, fica claro que não existe uma fórmula única e universal⁶⁷⁸ para como a regulação e a busca da finalidade maior da rede virtual devam ser incorporadas ao ordenamento jurídico de cada país ou bloco⁶⁷⁹. Através do diálogo entre as finalidades acolhidas (dentre as quais a da rede virtual, como aqui proposto) e as normas

Miguel; NORIEGA, Raquel. *Nuevo papel del Estado en sectores regulados. Las telecomunicaciones de banda ancha*. Colección Fundación DMR Consulting, Barcelona: Ediciones Deusto, 2005. p. 76.

⁶⁷⁶ Classificando como uma utopia o modelo de concorrência perfeita, veja-se: “A simples constatação da existência do poder econômico já mostrou a utopia do modelo de concorrência perfeita, que pressupõe uma grande multiplicidade de vendedores e compradores, sem que nenhum deles possa, individualmente, influenciar o mercado ou modificar o preço de equilíbrio de algum produto ou serviço. Ademais, alertou para o risco de monopólios, coalizões, trustes e outros atos contrários ao regime de mercado e até mesmo à democracia”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 24.

⁶⁷⁷ Reconhecendo importância da regulação mesmo após abertura para concorrência, com destaque para a necessidade de desenvolvimento de técnicas mais adequadas e completas, veja-se: “The empirical studies reviewed in this chapter demonstrate that the application of the ladder of investment theory in practice did not bring the anticipated benefits of dynamic efficiency. New entrants have either been passive in terms of investment in new infrastructure or their investments fell short of expectations. Incumbents too have limited their investments in BB technologies by making small upgrades just to keep up with the evolving demand for bandwidth. It seems that the regulatory agencies have to develop more refined techniques and strategies that give incentives to new entrants to become first-movers in the investment race. By this process, the competition for infrastructure will bring the benefits associated with dynamic efficiencies. Thus, the role of regulation may be even more important now that the telecommunications industry has become more competitive than it used to be, when competition was rather limited”. GENTZOGLANIS, Anastassios; ARAVANTINOS, Elias. Investment in broadband technologies and the role of regulation. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 38.

⁶⁷⁸ Sobre a inexistência de fórmula única para todos os países quando se vislumbra a regulação do setor, veja-se: “What does all of this mean? It means that at least on a worldwide scale it is too early to expect a one-size-fits-all approach to the regulation of fiber-based NGN access. Different countries are likely, for now at least, to arrive at different solutions to the range of regulatory challenges that we have identified. These different approaches do not mean that the regulators are wrong; rather, it (primarily) indicates that the circumstances of their respective countries are different from one another. In other words, there is no ‘magic touch’ here, no ‘silver bullet’. There is no dominant strategy, no solution that is clearly superior in all cases. Not yet, at least. This also implies that a regulatory approach to the deployment of IP-based fiber cannot be simply and cavalierly carried over from one country to another. In particular, US-style deregulation cannot be effective in a country that does not have sufficient alternative last mile infrastructure to build on”. MARCUS, Scott; ELIXMANN, Dieter. International regulatory comparisons; the evolution of IP-based fiber. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 204.

⁶⁷⁹ Destacando que não existe um modelo único e universal de quadro regulatório, devendo este ser desenvolvido e adaptado à realidade de cada país, veja-se: “A single ICT regulatory model that fits all does not exist. Points of convergence are emerging however, driven by factors such as efficiency, extended access to networks, affordability and quality of service. New issues are constantly emerging, posing challenges for regulators. Some challenges require collective action from the international community while others will disrupt the market order”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017: Executive Summary*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 6.

existentes, bem como com base nas disposições constitucionais e legais vigentes, com os princípios e regras previstos em cada país e bloco, ajustados à respectiva realidade econômica, social e setorial, deve-se encontrar a regulação mais adequada a tal perspectiva. Cada país e bloco deve, assim, desenvolver o seu subsistema jurídico⁶⁸⁰ (ou ordenamento setorial⁶⁸¹) das telecomunicações.

Esta compreensão também evidencia que é pressuposto para uma adequada regulação do setor possibilitar sua constante evolução⁶⁸², promovendo-se sistemáticas revisões e ajustes⁶⁸³, a fim de manter a intervenção nos mercados somente naquilo que seja necessário para atendimento das finalidades acolhidas⁶⁸⁴. Conforme a realidade do país ou bloco, tal evolução pode ser mais lenta (como no analisado caso do Chile⁶⁸⁵) ou mais célere (como verificado com a experiência da União Europeia⁶⁸⁶). O mais relevante, porém, é que a evolução seja constante.

⁶⁸⁰ Para um entendimento da regulação setorial enquanto um subsistema jurídico próprio, veja-se: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 596.

⁶⁸¹ Para um entendimento da regulação setorial enquanto um ordenamento setorial, veja-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 179.

⁶⁸² Exemplificando a necessidade de constante evolução da regulação em matéria de universalização, veja-se: “We recommend that an accountable, independent, predictable, and transparent regulatory agency should be established for the sector, prior to the launch of any universal access program. As the next section shows, the telecommunications industry is one that constantly evolves and changes. It is important that just as universal access policies need to adapt to new innovations and challenges, so regulatory agencies should update regulatory frameworks so that they become enablers rather than bottlenecks for further service expansion”. BANCO MUNDIAL. *Telecommunications and Information Services for the Poor: Toward a Strategy for Universal Access*. Washington: Banco Mundial, 2002.

⁶⁸³ Sobre a necessidade de sistemática revisão da regulação setorial, veja-se: “Sector-specific rules should be reviewed periodically with a view to eliminating those that become obsolete as competition spreads in the telecommunications market. Such a review process should be carried out by an economy-wide body rather than a sector-specific agency whose *raison d’être* might depend on the existence of such rules”. GERADIN, Damien; KERF, Michel. *Controlling market power in telecommunications: antitrust vs sector-specific regulation*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 338.

⁶⁸⁴ Sobre a necessidade de constante evolução da regulação setorial e do próprio direito da concorrência, veja-se: “Both, regulation and competition policy will therefore need reforms in order to deal with new problems. Regulatory reform, such as symmetric regulation, smart regulation, quasi-Coasean approaches and subsidies all have some limited applicability to specific situations, but are all associated with complications that have to be resolved, while competition policy is a comprehensive alternative. Thus, softer competition policy and softer regulation appear to be desirable in light of innovation, because policies become less suitable and effective and because market developments more quickly overcome potential negative effects of violations”. VOGELANG, Ingo. Regulatory inertia versus ICT dynamics: The case of product innovations. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 988.

⁶⁸⁵ Entendendo ser lento o ritmo das evoluções na disciplina do setor chileno, veja-se: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Regulatory Policy in Chile: Government capacity to ensure high-quality regulation*. OECD Reviews of Regulatory Reform, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

⁶⁸⁶ Destacando a evolução sistemática e célere das reformas da disciplina do setor na União Europeia, veja-se: GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. European and American approaches to antitrust remedies and the

Para que seja possível manter a regulação no mínimo nível necessário⁶⁸⁷ e adequado ao atingimento das finalidades do respectivo país ou bloco, inclusive, autoridades desenvolveram testes e exercícios⁶⁸⁸, devendo realizar análise de custo benéfico da respectiva regulação⁶⁸⁹. Um instrumental que vem ganhando destaque neste contexto, inclusive em âmbito internacional, é a avaliação de impacto regulatório (AIR)⁶⁹⁰, que objetiva justamente

institutional design of regulation in telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 518-551.

⁶⁸⁷ Sobre a necessidade de manutenção da regulação, mas sempre buscando a menor intervenção possível, veja-se: “Así, pues, la regulación, en su nuevo modelo, siempre será necesaria, pero debe ser sólo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado. La regulación promueve el mercado, lo reconstruye donde ello es posible, lo defiende, pero no lo sustituye. La peor tentación del regulador es convertirse en ‘un gestor en la sombra’; de ahí el principio de menor intervención recordado entre nosotros por Juan de la Cruz”. ARINO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan Miguel; NORIEGA, Raquel. *Nuevo papel del Estado en sectores regulados. Las telecomunicaciones de banda ancha*. Colección Fundación DMR Consulting. Barcelona: Ediciones Deusto, 2005. p. 78.

⁶⁸⁸ Exemplificando os testes realizados pela autoridade antitruste nos Estados Unidos da América para investigar a necessidade de manutenção ou adoção de medidas regulatórias, veja-se: “A divisão antitruste desse órgão desenvolveu um questionário para que se possam avaliar os custos ou desvantagens associados à regulação de um mercado, ao invés de deixá-lo funcionar a partir apenas da liberdade de concorrência. São eles: Quais são os custos ou desvantagens da livre concorrência no mercado ou indústria em questão? Se o esquema regulatório já estiver vigorando, ele conseguiu atingir os seus objetivos? E, além disso, as condições sociais e econômicas subjacentes, que justificaram uma interferência regulatória sobre o mercado, ainda existem? Quais são os custos e os benefícios associados ao esquema regulatório existente ou proposto? Se a regulação existente vier a ser eliminada, quais são os elementos necessários para uma transição de um mercado regulado para um mercado competitivo não regulado? Se a regulação é apropriada, o esquema regulatório particularmente em questão está devidamente desenhado para atingir os seus objetivos? Com a lista de perguntas acima, o DOJ visa apresentar um roteiro para a discussão sobre em que momento deve a regulação substituir a concorrência ou, visto sob o prisma oposto, a partir de que momento uma regulação excessivamente interventiva passa a ser restritiva – ao invés de promotora – do bem-estar social”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 321.

⁶⁸⁹ Sobre a necessidade de as revisões da regulação serem precedidas de devida análise econômica, veja-se: “Whatever institutions are the basis for creating and applying public policy in telecommunications markets going forward, policy-makers and enforcers will be successful only if they make careful use of sophisticated economic reasoning that builds on careful empirical analysis”. KATZ, Michael. Roundtable discussion: Antitrust or regulation? US public policy in telecommunications markets. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 257.

⁶⁹⁰ Sobre a avaliação de impacto regulatório e o seu destaque internacional perante a OCDE, em especial, veja-se: “A AIR constitui um mecanismo poderoso de auxílio na tomada de decisão, por parte dos reguladores, que deve ser utilizado quando se estiver discutindo a necessidade de se adotar ou não determinada regulação (seja em âmbito legislativo, seja em sede administrativa) de elevada relevância social, o que geralmente é mensurado em termos de um valor expresso em moeda corrente ou pela quantidade potencial de pessoas afetadas pelo ato a ser praticado. O objetivo da AIR consiste em oferecer múltiplas alternativas regulatórias ao tomador da decisão, todas precedidas de uma análise de custo-benefício ou custo-efetividade, em termos econômicos, sociais e ambientais. Ao se considerar, *ex ante*, os impactos das políticas públicas, por meio de um procedimento administrativo, busca-se evitar a tomada de decisões equivocadas, cujos custos sociais terminem por suplantarem os benefícios esperados ou, ainda, cujos efeitos venham a se mostrar contrários ao interesse público que se pretendia originalmente tutelar: a AIR é uma ferramenta regulatória que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. [...] A partir dessa perspectiva de se evitar a criação de barreiras regulatórias à concorrência e, conseqüentemente, desperdiçarem-se os escassos recursos sociais, o Brasil vem, na esteira dos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, buscando adotar a realização de AIR previamente à implantação de novas políticas públicas e à edição de novos atos normativos”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 324. Para complementação sobre a AIR, veja-

apurar a necessidade e a adequação do respectivo quadro regulatório a ser adotado. Nas experiências da União Europeia e do Brasil, aqui investigadas, esta AIR foi amplamente aplicada e utilizada para embasar as propostas de ajuste no marco regulatório do setor⁶⁹¹.

Outrossim, ainda que não exista modelo universal para configuração da regulação setorial, há pontos de convergência e entendimentos comuns. Assim, além dos entendimentos pela necessidade de manter a regulação no mínimo necessário, de haver constante revisão e atualização e de esta ser precedida e acompanhada de estudos (inclusive de AIR, se possível), há, também, diretrizes comumente aceitas para caracterização da regulação no estado atual das coisas. Tais diretrizes incluem: (i) enfoque nas informações de qualidade necessárias à realização de efetiva escolha pelo consumidor⁶⁹²; (ii) utilização de regulação simétrica em mercados competitivos para consecução de finalidades setoriais⁶⁹³ (como já introduzido por

se: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 624.

⁶⁹¹ Na União Europeia, as reformas na disciplina no setor são sempre precedidas de estudos e consultas públicas, com a divulgação dos resultados encontrados; a AIR é um dos instrumentais expressamente utilizados. Nesse sentido, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Commission staff working document: impact assessment*. SEC(2007) 1472/3. 06 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017. Em sentido semelhante: UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. O serviço universal no sector das comunicações electrónicas: relatório sobre os resultados da consulta pública e a terceira revisão periódica do âmbito do serviço, em conformidade com o artigo 15.º da Directiva 2002/22/CE*. COM(2011) 795. 23 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017. E a doutrina igualmente se utiliza do instrumental para criticar as reformas promovidas. Nesse sentido: CAVE, Martin; STUMPF, Ulrich; VALLETTI, Tommaso. *A Review of certain markets included in the Commission's Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation*. jul. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁶⁹² Sobre a necessidade de a regulação focar na proteção ao consumidor, especialmente no que se refere às informações disponibilizadas e a forma de sua apresentação, veja-se: “Such attention to the consumer demand side is timely, because informed consumers prepared to choose between competing suppliers are necessary to stimulate firms to innovate, improve quality and compete in terms of prices. Indeed, in making well-informed choices between suppliers, consumers not only benefit from competition, but they exert the sustained pressure for providers to compete for their customer. Conversely, where consumers have too little information, poor-quality information, or misinformation, they may end up misled and confused by the choices on offer, may pay too much or may buy the wrong service. This may, in turn, inhibit and dampen the competitive process. Moreover, if suppliers can exploit consumers this could at some point lead to ‘reputational damage’ and disillusionment with the competitive process as a whole. Hence consumer protection is critically important from an economic as well as social rationale. [...] Behavioral economics challenges some of the assumptions of conventional economics that consumers make their choices coherently and rationally given their preferences and the constraints upon them. [...] It argues that consumers often fail to act in their own best interests due to behavioral traits such as failure to process information objectively or misvaluations about the costs and benefits of prospective decisions”. XAVIER, Patrick; YPSILANTI, Dimitri. Behavioral economics and telecommunications policy. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 83.

⁶⁹³ Sobre os méritos da regulação simétrica em mercados competitivos, como forma de evolução da regulação, veja-se: “While the desire for softer regulatory approaches is primarily based on our review of the empirical evidence – which points to a negative relationship between asymmetric access regulation and NGA investment – the suggested larger role of symmetric forms of regulation is based on the premise that symmetric regulations are expected to create substantial cost synergies and thus higher incentives to invest in new high-speed broadband

Chile e União Europeia, como visto⁶⁹⁴); (iii) reconhecimento da constante convergência, de maneira a incluir mais mercados sob a mesma disciplina (como verificado nas experiências da União Europeia e do Reino Unido, por exemplo); (iv) proteção especial do consumidor no setor; e (v) concentração nos aspectos mais problemáticos do setor e mais relevantes para as finalidades buscadas, com adoção de soluções estruturais e comportamentais, para além de meramente econômicas⁶⁹⁵.

Aliás, como já mencionado, a UIT, por meio de *soft law*, inclusive aponta tendências regulatórias no setor. No documento publicado em 2017⁶⁹⁶, a partir de estudo envolvendo os mercados de telecomunicações de 186 países, foram identificadas cinco gerações de regulação, sendo a quinta, apontada como a mais avançada, baseada em regulação colaborativa, considerando o setor de forma mais ampla e focando em aspectos mais relevantes, justamente relativas ao funcionamento da rede virtual⁶⁹⁷. Esta convergência e as

networks. Vogelsang concludes his survey (2015) in a similar vein: ‘The emphasis on investment results in a more deregulatory frontier involving softer regulation, cooperative investment, and deregulation or regulatory holidays’. A series of such deregulatory approaches has already been implemented by NRAs to varying degrees with the primary intention of increasing profit opportunities and pricing flexibility in order to adapt to changing market conditions. As argued above, softer regulations might also include symmetric regulations and co-investment models”. BRIGLAUERA, Wolfgang; CAMBINIB, Carlo; FETZERD, Thomas; HÜSCHEL RATHA, Kai. The European Electronic Communications Code: A critical appraisal with a focus on incentivizing investment in next generation broadband networks. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 957.

⁶⁹⁴ Destacando que o Chile inclui mecanismos competitivos e simétricos na regulação da universalização na prestação de serviços no setor, veja-se: KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: The impact on competitiveness*. fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 2. Ressaltando a regulação simétrica proposta no Código Europeu em discussão, veja-se: BRIGLAUERA, Wolfgang; CAMBINIB, Carlo; FETZERD, Thomas; HÜSCHEL RATHA, Kai. The European Electronic Communications Code: A critical appraisal with a focus on incentivizing investment in next generation broadband networks. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 955.

⁶⁹⁵ Para detalhamentos sobre o foco da regulação nestes aspectos mais problemáticos do setor, inclusive com proposições de enfrentamento específico para cada caso, veja-se: LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *Competition in Telecommunications*. Cambridge: MIT Press, 2001.

⁶⁹⁶ Para o inteiro teor do referido documento publicado pela UIT em 2017, veja-se: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017.

⁶⁹⁷ Sobre o caminho para o aprimoramento da regulação apontado pela UIT, veja-se: “There is much work to be done and regulators across all sectors must rise to the challenge: 3.9 billion remain unconnected to the Internet, 2 billion are unbanked, 400 million are unable to access essential health services and 775 million adults lack basic literacy. To help meet such challenges, collaborative regulation is undisputedly the way forward. Collaborative G5 regulation harnesses regulatory coherence and power to improve markets. It involves hard work. Functioning as a single machine does not go without institutional challenges and governance issues. But there is much to recommend it. G5 collaborative regulation extends beyond differences and enables regulators to determine the greatest – not the least – common denominator. Collaborative G5 regulation is based on the sharing and recognition of strengths, the reconciliation of differences and a coming together to speak with one voice. There is momentum now behind the move towards G4 and G5 ICT regulation: Albania, Bahrain, Botswana, Egypt, and Trinidad and Tobago are set to become G4 regulators, while more and more countries and national agencies will move to G5 collaborative regulation – sharing expertise across sectors to better address common challenges and determine shared objectives rather than struggling on as stand-alone authorities”. UNIÃO INTERNACIONAL

iniciativas envolvendo a regulação do setor em âmbito internacional evidenciam até mesmo uma maior compatibilidade da regulação setorial com a vocação internacional do setor, ao possibilitar um maior alinhamento dos países e bloco em aspectos importantes para o funcionamento da rede virtual (a regulação da alocação do espectro a partir da experiência da UIT é um exemplo claro desta realidade).

Destarte, como foi possível demonstrar, a partir das experiências de disciplina do setor investigadas e da compreensão da característica dúplice das telecomunicações, somada à constatação da relevância do setor em um contexto de sociedade da informação, é possível reconhecer a existência de uma finalidade maior setorial, sendo possível, igualmente, apontar que tal finalidade é justamente a consecução da rede virtual.

Uma vez aceita e reconhecida tal finalidade – sem prejuízo, como visto, de países e blocos adotarem outras finalidades específicas e subfinalidades complementares – resta facilitada a formulação dos papéis que merecem desempenhar o direito da concorrência e a regulação na disciplina do setor. Sabendo que a existência de concorrência nos mercados, por si só, não conduz à obtenção e à manutenção da rede virtual tal qual aqui preconizado, conclui-se que é necessária e mais adequada a utilização de regulação setorial, mesmo em mercados competitivos.

Assim, durante a implementação de reformas no setor, sem existência de concorrência nos mercados, a regulação setorial é necessária e adequada, sem prejuízo da aplicação do direito da concorrência, igualmente. Uma vez estabelecida e consolidada a concorrência nos mercados, tem-se que o direito da concorrência deva disciplinar o setor enquanto uma atividade econômica específica, tal qual realizado com os demais setores da sociedade. Já no que se refere à finalidade de obtenção e manutenção da rede virtual no setor, com as implicações que daí decorram, mostra-se mais adequada e recomendada a utilização de regulação setorial. Desta forma, são melhor conciliadas as finalidades de obtenção de concorrência, típica de economias de mercado, e de obtenção da rede virtual, típica e maior do setor.

Não há, porém, uma fórmula única e universal para a forma com que a regulação setorial e o direito da concorrência incorporarão e normatizarão tais finalidades. Tal dependerá das características e do sistema jurídico de cada país ou bloco, inclusive, e, em

especial, dos respectivos níveis de desenvolvimento e de concorrência do setor. Não obstante, foi possível demonstrar que, sendo a identificação da finalidade o ato inicial e fundamental para os desdobramentos seguintes, o reconhecimento da busca da rede virtual como o objetivo específico a pautar a disciplina do setor facilita e auxilia na formulação dos papéis para os quais o direito da concorrência e a regulação setorial mostram-se mais aptos e recomendados a desempenhar.

A aplicação desta proposta de rede virtual como finalidade setorial, como aqui formulado, também tem o condão de auxiliar na resolução das demais questões e divergências inerentes à disciplina do setor, desde a forma de relacionamento entre as autoridades que têm ingerência nas telecomunicações, até a solução de divergências em temas específicos, inclusive relativos aos novos desafios que constantemente exsurtem nas telecomunicações, como decorrência das ininterruptas transformações tecnológicas. E é exatamente a exposição – e a testagem – das consequências da aplicação desse conceito teleológico de rede virtual na solução de diferentes questões do setor o objetivo do capítulo que segue.

B. Aplicação

Como demonstrado acima, a partir da aceitação da rede virtual como a finalidade central da disciplina setorial – proposta que se acredita seja inédita original nesta tese – resta um pouco facilitada a tarefa de vislumbrar como tal disciplina há de ser construída e formulada, em conformidade com as características e as peculiaridades de cada país ou bloco. Em especial, foi possível constatar que se mostra adequado e coerente com a tese aqui proposta que o setor de telecomunicações siga sendo disciplinado e pautado tanto pelo direito da concorrência, quanto pela regulação setorial, cada um com sua concepção teleológica e, por consequência, em diálogo desempenhando os papéis para os quais se mostram mais aptos e justificados.

Consoante foi destacado já na introdução deste trabalho, propôs-se que a formulação e a aceitação deste entendimento teriam o condão de auxiliar na solução de questões concretas que já existem e que constantemente surgem no setor, até mesmo pela sua natureza, marcada

por sucessivas ondas de inovação disruptiva⁶⁹⁸. Nesse contexto, preconizou-se não só a formulação de um núcleo da disciplina do setor, a partir de uma finalidade maior básica – que se demonstrou ser a busca e a proteção da rede virtual – mas, também, que tal formulação pudesse trazer implicações práticas, notadamente em relação à solução de divergências em temas específicos e de aspectos problemáticos que exsurtem no setor. Ou seja, a fim de não limitar as discussões promovidas nesta tese e a formulação da finalidade central aqui defendida exclusivamente nos planos abstrato e teórico, busca-se, também, testar a aplicação deste entendimento na solução de discussões em temas específicos do setor. Até mesmo a fim de contribuir com a solução de situações e divergências no setor, cujas discussões, por vezes, acabam tornando-se mais ideológicas e pré-concebidas, do que efetivamente analisadas sob uma perspectiva lógica e fundamentada, com base em toda a disciplina das telecomunicações.

Destarte, até mesmo a fim de testar se a formulação aqui proposta tem o condão de auxiliar na solução de questões e dúvidas do setor, de forma fundamentada, coerente e lógica, faz-se mister um estudo acerca da aplicação deste entendimento da rede virtual como finalidade maior do setor, com as consequências que daí decorram. Desta forma, será possível concluir a análise ampla e global da disciplina do setor, tal qual preconizado neste trabalho: desde a investigação de pressupostos teóricos básicos, passando pela análise de diferentes experiências de disciplina do setor, chegando à formulação da rede virtual como finalidade maior de tal disciplina e à identificação dos papéis adequados ao direito da concorrência e à regulação setorial, para, ao final, concluir com a testagem da aplicação de tal formulação em termos de contribuição para a solução de questões específicas do setor, de forma coerente e fundamentada.

⁶⁹⁸ Para um entendimento sobre a evolução do setor e da própria sociedade da informação de forma constante, ao mesmo tempo devagar e rápida, em ondas, veja-se: “Turbocharged matchmakers will transform industries. That will happen gradually over space of decades, but in fast spurts, as innovative new matchmakers rapidly emerge and displace incumbents. Things will be both slower, and faster, than you might think. [...] That’s not to say something won’t happen quickly. Just look at the impact of M-PESA’s leapfrogging of traditional banking on Kenya. BlaBlaCar may be poised for similar growth in a number of developing countries in which poor infrastructure means that ride sharing has little competition from other modes of long-distance travel. Or consider how quickly the video rental stores were killed. When a turbocharged multisided platform ignites, it can grow explosively and provide rapidly increasing value for people around the world. Those in the path of such a platform can take little solace in the fact that economywide change takes place slowly and often, as with electricity, in waves”. EVANS, David Sparks; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of platform business; how one of the oldest business models on Earth powers the most incredible companies in the world*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016. p. 205.

Assim, foram escolhidos⁶⁹⁹ dois aspectos distintos da disciplina do setor, igualmente relevantes, mas com características e peculiaridades diferentes. Em primeiro lugar, será analisada a questão mais ampla envolvendo a relação a ser estabelecida entre as diferentes autoridades com competência no setor, com especial enfoque nas autoridades reguladoras e sua atuação em relação às autoridades antitruste. Trata-se de temática clássica e basilar para toda e qualquer pretensão de disciplina do setor, uma vez que, a partir do respectivo marco normativo básico de cada país ou bloco incidente sobre o setor, é com a definição da forma de atuação e de relacionamento entre estas autoridades que a disciplina do setor será detalhada e aplicada. Em segundo lugar, será abordada a questão mais específica envolvendo a neutralidade de rede. Trata-se de temática mais hodierna e pontual, mas extremamente relevante e polêmica⁷⁰⁰, que, além de ser objeto de discussões e divergências em praticamente todas as experiências de disciplina do setor, ainda bem exemplifica a complexidade e o impacto que as novas questões que surgem no setor podem assumir. Com tais investigações, portanto, espera-se ser adequadamente verificada a adequação e a aplicabilidade da tese aqui proposta, em diferentes aspectos.

B.1 Relações entre autoridades

Consoante foi demonstrado, a regulação setorial e o direito da concorrência são pautados por distintas finalidades, sendo que, no que se refere ao setor de telecomunicações, a respectiva disciplina tem como finalidade específica maior a busca da rede virtual. Como também foi demonstrado, tal compreensão teleológica, aliada ao correto entendimento acerca dos contornos e das características que o setor possui, leva à conclusão de que se mostra

⁶⁹⁹ Naturalmente, não seria viável neste trabalho um estudo de todas as questões e dos diversos problemas que surgem na disciplina das telecomunicações, a fim de verificar se a formulação da rede virtual como finalidade central do setor aqui preconizada mostra-se adequada e apta a contribuir para a solução concreta de divergências em temas específicos do setor. Ainda mais em um contexto de investigação ampla e de abrangência internacional, como ora preconizado. Assim, optou-se por analisar a aplicação desta formulação em aspectos específicos do setor, centrais ao funcionamento de toda a disciplina setorial, mas que seguem gerando controvérsias e divergências, como é o caso da relação entre autoridades e da neutralidade de rede, abordados na sequência do trabalho.

⁷⁰⁰ Como a própria experiência dos Estados Unidos da América envolvendo a neutralidade de rede revelou, com mudanças de entendimento e de tratamento da temática, trata-se de questão ainda pertinente e relevante. Para um detalhamento desta evolução naquela experiência, veja-se: YOO, Christopher S. An unsung success story: A forty-year retrospective on U.S. communications policy. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 891-903.

necessária e recomendada a manutenção de regulação setorial, em especial no que se refere à aludida busca de constituição e de manutenção de uma rede virtual efetiva, funcional e acessível no setor. Com isso, até mesmo pelas diferentes finalidades perseguidas, também foi possível observar que se faz necessário um diálogo⁷⁰¹ entre regulação setorial e direito da concorrência a ser promovido, também, pelas respectivas autoridades⁷⁰².

Nesse contexto, assumem grande relevância na disciplina das telecomunicações as autoridades com competência em matéria de antitruste e de regulação setorial. Com efeito, seja sob a forma mais usualmente propalada de agência, seja sob outra eventual roupagem⁷⁰³, a autoridade reguladora específica do setor⁷⁰⁴ e a respectiva autoridade de defesa da concorrência desempenham função central na disciplina do setor, podendo impactar de forma decisiva para o êxito ou para o insucesso da busca das respectivas finalidades. Naturalmente,

⁷⁰¹ Destacando que o direito da concorrência pressupõe diferentes diálogos, veja-se: “O tópico anterior mostrou a necessidade de que o Direito da Concorrência dialogue, em maior ou menor medida, com todos os princípios da ordem econômica constitucional e com todas as searas jurídicas responsáveis pela regulação da atividade econômica. Entretanto, alguns diálogos são mais óbvios e prementes, seja em razão da maior aproximação entre os âmbitos de discussão envolvidos, seja em razão das próprias demandas da economia e da sociedade. Daí por que o próximo tópico se dedicará a três diálogos considerados relevantíssimos na atualidade: (i) a proteção ao consumidor, (ii) o estímulo e a proteção à inovação e (iii) o combate à corrupção”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 41.

⁷⁰² Sobre a existência de finalidades e princípios distintos orientando atividades regulatória e antitruste, de maneira a ressaltar a relevância de definir a relação entre as autoridades, veja-se: “Além disso, conforme exposto, especialmente nas atividades que são próprias ao poder público – serviços públicos e atividades econômicas monopolizadas – não se pode deixar de reconhecer que a livre concorrência pode ser sopesada com outros princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, de igual envergadura, como a decisão política de se promover universalização mais rapidamente em um setor (tema esse atrelado, muitas vezes, ao princípio da dignidade da pessoa humana) ou, ainda, em se tomar determinadas decisões estratégicas para garantir o abastecimento de combustível em todo o território nacional. Ademais, não há hierarquia entre o CADE e as agências reguladoras. Em nossa pesquisa não encontramos decisão do CADE que explicitamente tenha negado vigência a uma lei ou norma regulatória setorial sob a justificativa de que essa violaria o princípio da livre concorrência e, portanto, seria inconstitucional ou ilegal”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 314.

⁷⁰³ Não é objetivo deste trabalho adentrar à discussão acerca das características e natureza das autoridades reguladoras e da sua possível classificação como agências. O foco, neste capítulo, é na relação entre as diferentes autoridades com competência para atuar no setor, em especial a autoridade reguladora setorial e a autoridade antitruste, uma vez que tal guarda pertinência direta com o reconhecimento da rede virtual como a finalidade da disciplina do setor. Para investigações e discussões acerca da natureza e dos fundamentos das agências reguladoras independentes, notadamente com foco na realidade brasileira, veja-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. Adicionalmente, veja-se: JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. Para análise e comparação entre as agências nas experiências dos Estados Unidos da América e da União Europeia, veja-se: GERADIN, Damien. The Development of European Regulatory Agencies: what the EU should learn from the american experience. *Columbia Journal of European Law*, v. 11, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=877922>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 1-52.

⁷⁰⁴ Sobre a necessidade de autoridades especializadas para lidar com aspectos complexos do setor, veja-se: “The experiences discussed above also suggest that specialized entities are needed to deal with some of the most complex issues requiring regulatory intervention in telecommunications. Both a sector-specific agency (with or without antitrust powers) and an economy-wide antitrust entity with sufficient telecommunications-specific expertise may be well suited to do the job”. KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: What works best?* fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 6.

pela já mencionada relevância do setor e pelas suas características mais recentes, destacadas ao longo deste trabalho, também possuem competência para atuação no setor e efetivamente a desempenham autoridades de defesa do consumidor e de proteção de dados⁷⁰⁵ – se existentes e conforme a realidade de cada país ou bloco⁷⁰⁶. Não obstante, para os fins deste trabalho, ora foca-se mais especificamente nas autoridades reguladora setorial e antitruste, adentrando-se ao respectivo relacionamento a ser promovido entre estas nas experiências de disciplina do setor⁷⁰⁷.

Ainda, é de se destacar que a configuração e o posicionamento de tais autoridades dentro do ordenamento jurídico variarão de acordo com as peculiaridades e as características do respectivo país e bloco⁷⁰⁸, na esteira do que já foi demonstrado anteriormente em relação aos demais elementos da disciplina do setor. Assim, usualmente são destacadas vantagens na alocação de autonomia e de independência às autoridades reguladoras do setor⁷⁰⁹, até mesmo

⁷⁰⁵ Para um detalhamento sobre a necessidade de relação e diálogo também com as autoridades de defesa do consumidor e da privacidade, especialmente com características atuais do setor e a realidade de *big data* e *big analytics*, veja-se: “As a result, competition officials should coordinate with privacy and consumer protection officials in several areas: 1. Identify and understand the potential consumer harms arising from a data-driven economy, including the harms that arise due to insufficient competition; 2. Update the analytical tools for free services to better predict and assess how mergers and restraints can cause these harms; 3. Understand firms’ current incentives (and disincentives) to compete on and invest in privacy enhancing and enhanced technologies and services; 4. Develop a framework that fosters a range of business models, so that informed consumers have a competitive array of choices that better match the privacy trade-offs involved; and Consider synergies (and potential inefficiencies) in the privacy, consumer protection, and competition laws to promote competition, consumers’ privacy interests and ultimately citizens’ well-being”. STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. No mistake about it: the important role of antitrust in the era of big data. *The Antitrust Source*, n. 269, abr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2600051>>. Acesso em: 26 nov. 2017. p. 1-14.

⁷⁰⁶ Especificamente sobre a autoridade de proteção de dados, a União Europeia, em 2016, como visto, passou a prever sua criação pelos Estados-membros. Nesse sentido: UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)*. Regulamento 679/2016. 27 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁷⁰⁷ Sem prejuízo de, naquilo que for cabível e pertinente às conclusões trazidas neste capítulo, sejam aplicadas, também, ao relacionamento com as autoridades de defesa do consumidor e de proteção de dados.

⁷⁰⁸ Analisando, por exemplo, a experiência brasileira de configuração destas autoridades, veja-se: “Para nós, os instrumentos jurídicos aptos à nova regulação estatal caracterizam-se como sendo entes administrativos dotados de autonomia e independência, que assumem, em nome do poder político, a função de regular um dado segmento da atividade econômica ou um dado conjunto de interesses metaindividuais. São dotados de grande especialidade, pois se prestam a atuar num subsistema jurídico (conjunto de regras, normas, princípios, finalidades e pressupostos adstrito a um dado setor da vida humana)”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 84.

⁷⁰⁹ Sobre a importância da instituição de entes reguladores autônomos, veja-se: “A instituição de entes reguladores autônomos revela-se como um recurso capaz de viabilizar: i) uma ação regulatória mais sintonizada com os interesses existentes na sociedade (alternativamente à regulação autoritária e unilateral cadente num contexto de Estado autoritário); e ii) uma esfera ordenadora e equalizadora dos interesses embatentes num dado setor da economia ou da sociedade, a um só tempo permeável aos interesses dos diversos atores envolvidos (produtores e consumidores da utilidade pública) na atividade regulada (permeável, pois, aos interesses existentes na esfera privada) e promotora dos interesses públicos difusos (razão de ser da esfera pública), mormente daqueles que não possuem representação nem no nem perante o aparelho estatal”. MARQUES NETO,

como forma de minorar os riscos de sua captura⁷¹⁰. Não obstante, como foi demonstrado, notadamente em experiências asiáticas, não há, propriamente, uma tradição neste reconhecimento, observando-se maiores proximidade e ligação da respectiva autoridade com o poder público, sem que tal, necessariamente, implique em prejuízo à qualidade da regulação⁷¹¹. Já em experiências em que poderia haver tal tradição, mas, mesmo assim, não foram asseguradas autonomia e independência para a atuação da autoridade reguladora, as críticas são mais incisivas, como ocorre em relação à analisada experiência do México⁷¹².

O que é mais uniformemente aceito, até mesmo em decorrência das disposições internacionais e regionais envolvendo o setor – notadamente, determinações cogentes e de *soft law* nas analisadas experiências da OMC⁷¹³, da UIT, da OCDE e da União Europeia – é a necessidade de existir uma autoridade regulatória específica para o setor. Tal, aliás, além de decorrer de referidas disposições internacionais e regionais, também é compatível e coerente com a edição e a manutenção de regulação setorial que decorre do reconhecimento da rede virtual como finalidade específica maior na disciplina das telecomunicações.

Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 82.

⁷¹⁰ Sobre a relação entre autonomia da autoridade e risco de captura, bem como sobre a amplitude deste risco, veja-se: “A discussão em torno da independência coloca-nos diante do risco de captura da agência. Embora o tema da captura enseje grandes reflexões, identificamos quatro graves riscos de captura. O primeiro, sempre presente quando se trata do exercício de função pública, refere-se ao risco da concussão. [...] O segundo refere-se à captura por contaminação de interesses. Esta se manifesta com a assunção pelo órgão regulador dos valores e interesses do regulado, como se fossem os interesses gerais da coletividade, e pela aceitação dos problemas destes atores como problemas incontornáveis da implementação dos objetivos eleitos para o setor. [...] O terceiro risco é o da captura por insuficiência de meios, ou seja, a inviabilização do órgão regulador pelo esvaziamento de seus recursos materiais, logísticos, financeiros e principalmente humanos. [...] Por último, há o risco de captura pelo poder político, traduzida no atrelamento da atividade regulatória aos interesses conjunturais do bloco do poder, às vicissitudes eleitorais. Esta captura é extremamente perigosa, porque leva à inviabilização da agência em função de um rápido processo de deslegitimação, primeiro perante os operadores e, a médio prazo, perante os próprios usuários”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 89. Em sentido semelhante, veja-se: “Além disso, no segundo capítulo foram apresentadas algumas teorias sobre as falhas de governo. Observou-se que, por vezes, o fenômeno da captura pode fazer com que a regulação não promova o interesse público, mas seja utilizada de forma perniciosa pela indústria para criar ou manter artificiais barreiras à concorrência”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 321

⁷¹¹ Destacando as possíveis causas e consequências da ausência de autonomia e de independência nas autoridades reguladoras em experiências asiáticas, veja-se: URE, John; VIVORAKIJ, Araya. Privatization of Telecoms in Asia. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 02-20.

⁷¹² Como destacado, a OCDE questionou a ausência de autonomia da autoridade reguladora no México. Nesse sentido: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Telecommunication and Broadcasting Review of Mexico 2017*. OECD, 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁷¹³ Como visto, a grande maioria dos países integrantes da OMC assumiram compromissos específicos básicos no setor, dentre os quais constava, justamente, a criação de uma autoridade específica no setor. Nesse sentido: BRONCKERS, Marco; LAROUCHE, Pierre. A review of the WTO regime for telecommunications services. In: ALEXANDER, Kern; ANDENAS, Mads (eds.). *The World Trade Organisation and Trade in Services*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008. p. 328.

Não são desconhecidas experiências de disciplina do setor em que a atividade regulatória – especialmente no que se refere à sua aplicação – fica concentrada dentro da própria autoridade antitruste, como ocorre, por exemplo, na Austrália⁷¹⁴. Não obstante, mesmo em configurações como esta observada na Austrália, e em outros diferentes arranjos existentes⁷¹⁵, a edição e mesmo a aplicação da regulação setorial fica sob a responsabilidade de uma autoridade específica ou, no mínimo, de um órgão ou grupo de trabalho específico dentro de uma autoridade maior.

Também é bem sabido que, até mesmo em decorrência do fenômeno da convergência de tecnologias, não só o conceito de telecomunicações vem sendo expandido, como, também, setores que anteriormente eram considerados e tratados de forma separada, vêm sendo considerados como um único setor para fins regulatórios e concorrenciais⁷¹⁶. Tal circunstância, porém, em nada prejudica o que foi referido anteriormente, apenas reforçando a relevância da adequada disciplina do setor e da atuação da respectiva autoridade reguladora, que passa a deter competência sobre mercados mais amplos e abrangentes.

Na prática, portanto, observa-se a existência de separação das atividades regulatórias das de antitruste, se não através de autoridades distintas, pelo menos por meio de divisão entre órgãos, grupos de trabalho ou departamentos diferentes. Sem prejuízo, ainda, da existência de outras autoridades com alguma competência para atuar no setor (como autoridades de defesa do consumidor e de proteção de dados, conforme referido). Esta divisão, como visto, inclusive é adequada à perseguição das distintas finalidades pela regulação setorial e pelo direito da

⁷¹⁴ Sobre a configuração da regulação setorial na Austrália, veja-se: “In Australia, the Telecommunications Act of 1997 removed all restrictions upon entry into the various segments of the telecommunications market. In addition, a sophisticated set of access rules was adopted, as well as other specific rules relating, for example, to number portability, operator pre-selection, and override dial codes. It is the antitrust regulator (ACCC) that is in charge of applying these sector-specific rules”. KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: What works best?* fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 2.

⁷¹⁵ Sobre os diferentes modelos possíveis de repartição de competência entre autoridades reguladora e antitruste, inclusive com possibilidade de existência de uma única autoridade, veja-se: “La solution la plus radicale consiste à confier les deux rôles à une même autorité, comme c’est le cas en Australie. Mais le cas le plus répandu est la séparation des rôles. Certains pays (Royaume-Uni et Brésil) ont fait le choix d’accepter, voire d’encourager, le chevauchement des compétences. Il s’agit là de privilégier la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (Royaume-Uni) et l’ouverture des marchés (Brésil): autorités de régulation et autorités de régulation sectorielle peuvent appliquer le droit de la concurrence. Les risques de chevauchement n’y sont pas considérés comme des inconvénients majeurs. Dans les huit pays étudiés, on constate une grande diversité des modes de collaboration et de prévention des divergences”. CHONÉ, Philippe. *Droit de la concurrence et régulation sectorielle: entre ex ante et ex post*. Paris: Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2006. Disponível em: <<http://www.cairn.info/droit-et-economie-de-la-regulation-4--9782247066534-page-49.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

⁷¹⁶ Como ocorre com a convergência entre telecomunicações, informática e mídia, tratado como setor de *mediamatics*. Nesse sentido: JUST, Natascha; LATZER, Michael. EU competition policy and market power control in the mediamatics era. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 24, n. 1, 2000, p. 395-411.

concorrência, sendo compatível, também, com a busca da rede virtual preconizada neste trabalho.

Como consequência direta, depreende-se que, usual e idealmente, haverá autoridades distintas atuando sobre as telecomunicações. Em conformidade com a disciplina coerente com a busca da rede virtual, à autoridade regulatória setorial há de tocar a competência⁷¹⁷ relativa à regulação de aspectos técnicos e de recursos escassos, bem como as questões pertinentes à busca ou à manutenção de uma rede virtual em funcionamento; já à autoridade antitruste há de incidir a competência relativa à defesa da concorrência nos mercados, com o tratamento das telecomunicações enquanto uma atividade econômica. Ainda que se tratem de competências distintas, com aspectos que claramente recaem sobre a competência exclusiva de uma das autoridades⁷¹⁸, é esperado e inevitável que existam pontos de cruzamento, questões que, direta ou indiretamente, poderão ser submetidas à análise tanto da autoridade reguladora, quanto da autoridade antitruste. Imagine-se, exemplificativamente, as questões que envolvem a interconexão de redes de distintos fornecedores: dependendo do caso e da situação concreta, a forma e o custo cobrado para a interconexão podem determinar uma atuação tanto da autoridade reguladora (para assegurar o funcionamento da rede, por exemplo), quanto da autoridade antitruste (para apurar eventual conduta anticompetitiva, por exemplo).

Como é inerente à própria razão de ser das autoridades que elas atuem pautadas por finalidades distintas, é natural que surjam hipóteses em que uma mesma situação poderá ter solução distinta se apreciada sob as perspectivas da autoridade regulatória ou da autoridade antitruste⁷¹⁹. Em outras palavras, a regulação setorial e a atuação da autoridade regulatória

⁷¹⁷ Sobre a necessidade de alocação de competência para a autoridade reguladora estabelecer a regulação, bem como, por consequência, necessidade de atenção aos limites de tal competência, veja-se: “A especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade de surgimento das questões regulatórias determinam a necessidade de que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador. Até porque nestes espaços se torna possível (mediante os instrumentos de mediação e interlocução internos aos locus regulatório) a produção de regras, instrumentos e decisões com muito maior possibilidade de operacionalização (eficácia) e de implementação (efetividade). Daí por que é recorrente a discussão em torno da violação ou não dos limites legais na atividade dos órgãos reguladores”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 82.

⁷¹⁸ Como exemplo de competência claramente alocada a uma das autoridades, pode-se imaginar as questões envolvendo a alocação de espectro eletromagnético, que claramente recaem exclusivamente sob a competência da autoridade reguladora, e não da autoridade antitruste.

⁷¹⁹ Reconhecendo que, como consequência da existência de finalidades distintas à regulação setorial e ao direito antitruste, haverá casos em que a regulação setorial afasta ou limita a aplicação do direito da concorrência, veja-se: “Essa necessidade de proteção a outras finalidades sociais em detrimento da livre concorrência suscita uma tensão entre o Direito Antitruste e o Direito Regulatório. De fato, em algumas hipóteses, o primeiro deverá ceder espaço para impedir que os objetivos legítimos traçados pelo Estado sejam frustrados por uma incidência rígida dos princípios da livre competição na hipótese. A respeito dessa tensão, autores como Carlton e Picker

poderão determinar, conduzir ou incentivar uma conduta que seja ou produza efeitos anticompetitivos no mercado. Assim, sabendo da existência de hipóteses de cruzamento e, até mesmo, de conflito que decorreriam da atuação das autoridades reguladora e antitruste sobre uma mesma questão, é mister que seja adequadamente disciplinada a forma de relacionamento entre tais autoridades⁷²⁰, sendo estabelecida uma clara interface entre elas⁷²¹.

Na busca da solução para tais hipóteses de cruzamento e de conflito, usualmente a doutrina cogita e investiga algumas hipóteses de enfrentamento⁷²². Primeiramente, suscita-se

sustentaram que a regulação setorial deveria permitir o maior nível possível de concorrência, deixando a cargo da legislação antitruste sua implementação, sob o argumento de que a primeira estaria mais exposta a riscos de captura do que a segunda. Ainda que admitida a veracidade da advertência, ela não resolve o problema quando a regulação tem outros objetivos que não meramente a defesa da livre concorrência. Com efeito, a aparente dicotomia ocorre exatamente nos casos em que a regulação setorial impõe ou estimula a prática de uma conduta lesiva à concorrência. Nesses casos, deverá haver primazia da regulação setorial? Ou as regras atinentes à legislação concorrencial devem incidir para impedir a obtenção de efeitos anticoncorrenciais?”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 245.

⁷²⁰ Sobre a importância da definição da forma de relação entre as autoridades e sobre os riscos envolvidos, veja-se: “Nesse aspecto, a transparência e a institucionalização dos mecanismos de interação e intercâmbio informacional entre as autoridades reguladoras e concorrenciais têm profundo papel a desempenhar. Conforme afirma Gesner Oliveira, ‘a estreita cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência e as de regulação é fundamental. Embora as realidades de cada jurisdição e setor apresentem especificidades que devem ser levadas em consideração, um sistema de competências complementares parece conceitualmente adequado e historicamente frequente’. No entanto, tendo em vista que nem sempre as regras de definição de competências são claramente extraíveis do direito positivo, não é raro haver discussões sobre a presença de regulação técnica e econômica sobre um determinado setor industrial teria por consequência isentá-lo da incidência da legislação antitruste ou, ao menos, do poder fiscalizador de tais autoridades (sustentando-se, por exemplo, caber à entidade reguladora aplicar a legislação ou as técnicas de defesa da concorrência nos mercados sob sua responsabilidade, se e quando julgar adequado)”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 80.

⁷²¹ Reconhecendo a relevância da discussão relativa à interface na atuação das autoridades reguladora e antitruste em setores como o de telecomunicações, veja-se: “Um dos temas mais relevantes para o direito público atual talvez seja a interface entre a atuação dos órgãos reguladores setoriais (ANATEL, ANEEL, ANP etc.) e os órgãos de defesa da concorrência (SDE, SAE e CADE), especialmente se evoluir a ideia de criação de uma agência de defesa da concorrência”. MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. *Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 8, jan. 2001. p. 113.

⁷²² Para uma classificação das possíveis formas de repartição de competência entre autoridades reguladora e antitruste, veja-se: “No Brasil, o tema da repartição de competências entre autoridades reguladoras e de defesa da concorrência foi objeto de estudo por Gesner Oliveira que, em 2001, publicou trabalho no qual constata existirem alguns modelos institucionais em tese disponíveis para serem utilizados, em distintos mercados, por diferentes países. Após distinguir a regulação técnica, preocupada com normas sobre padrões e metas a serem adotados pelos agentes econômicos, da regulação econômica, relativa ao estabelecimento de preços/tarifas e quantidades e considerando ainda a aplicação da legislação concorrencial, o autor propõe a seguinte classificação de arranjos institucionais: isenção antitruste: situação em que compete às autoridades reguladoras aplicar a legislação concorrencial, sendo que a as normas setoriais têm prevalência sobre as normas concorrenciais (a autoridade de defesa da concorrência não atua sobre mercados regulados); competências concorrentes: tanto as autoridades reguladoras quanto as de defesa da concorrência aplicam a legislação antitruste; competências complementares: as autoridades reguladoras procedem à regulação técnica e econômica, ao passo que as autoridades concorrenciais aplicam a legislação de defesa da concorrência; regulação antitruste: a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a legislação antitruste quanto as normas regulatórias, com prevalência da primeira; desregulação: ocorre quando determinada atividade econômica deixa de ter regulação técnica e econômica mais incisivas para passar a ser regida, no que tange aos seus aspectos econômicos, unicamente pelas normas de defesa da concorrência”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 77. Para a obra original referida pela aludida

a desregulação, de maneira que as atividades fossem disciplinadas apenas pelo direito da concorrência e pela respectiva autoridade antitruste. Em segundo lugar, cogita-se que os mercados de telecomunicações pudessem ser integralmente disciplinados pela regulação e pela autoridade reguladora, não tendo atuação a autoridade antitruste. Por fim, propõe-se que as duas autoridades pudessem deter competência, seja de forma concorrente (em que ambas pudessem atuar sob um mesmo fato ou conduta), seja de forma complementar (em que há uma clara definição do papel e da competência de cada autoridade no setor).

Conforme adiantado, a partir da aplicação do entendimento aqui preconizado envolvendo a finalidade setorial da rede virtual, em diálogo com a finalidade da concorrência em economias de mercado, tem-se que as duas primeiras alternativas não se mostram adequadas para tratar do setor como um todo, uma vez que é aceita a manutenção de regulação setorial, com aplicação do direito da concorrência. Tal não impede, porém, que, especificamente para um determinado mercado ou assunto de telecomunicações (e não para o setor como um todo), de acordo com as respectivas características do país ou do bloco a que pertence, sejam adotadas soluções que perpassem pela atuação exclusiva de apenas uma de tais autoridades. Com efeito, entende-se que não há um modelo único e universal de relacionamento entre as autoridades para todos os mercados de telecomunicações, em todos os países e blocos, não obstante seja possível verificar que alguns modelos de repartição de tal competência sejam mais problemáticos do que outros⁷²³. Ademais, segundo estudo da OCDE, no ano de 2017, apenas metade dos países disciplinavam de alguma forma a participação e a colaboração entre autoridades antitruste e reguladora no setor⁷²⁴.

autora, veja-se: OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. Também destacando classificações dos modelos de repartição de competências entre autoridades reguladora e antitruste, veja-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009. p. 29-43.

⁷²³ Sobre a ausência de modelo único e universal para definir forma de relacionamento entre autoridades, inclusive conforme reconhecido em pesquisa da OCDE, veja-se: “Pesquisa realizada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, analisando essa interação em vários países, afirma não existir uma fórmula única que seja passível de aplicação a todos os mercados e a todos os Estados, pois a forma de tal interação depende do contexto social, econômico e da própria conformação jurídica das instituições de cada local. No entanto, alguns esquemas divisórios parecem mais propensos a trazer dificuldades de aplicação do que outros”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 77.

⁷²⁴ Para conclusões apresentadas pela OCDE relativas a estudo envolvendo modelos adotados por diferentes países para repartição de competência entre reguladores setoriais e autoridades de defesa da concorrência especificamente no setor de telecomunicações, veja-se: “About half of countries worldwide – from all regions – have legal ground for collaboration between the ICT regulator and the competition authority. The big picture: roughly 15 per cent of ICT regulators have signed a memorandum of understanding with the competition authority; some 14 per cent of ICT regulators are involved in approving merger; a further 14 per cent are engaged in soft coordination of their enforcement action; 4 per cent have established a joint programme or

Destarte, apesar de ser aspecto basilar da disciplina do setor, não há um consenso estabelecido sobre a forma mais adequada de lidar com a repartição de competência entre autoridades reguladora e antitruste nas telecomunicações. Justamente por tal motivo é que, especialmente a partir da experiência dos Estados Unidos da América, foram desenvolvidas teorias para dar embasamento à solução desta questão. Nesse sentido, as duas principais⁷²⁵ teorias desenvolvidas foram as denominadas de *state action doctrine* e *pervasive power doctrine*⁷²⁶, com o objetivo de identificar as hipóteses em que a atuação regulatória seria suficiente para afastar a atuação da autoridade antitruste.

Na *state action doctrine*, formulada a partir dos casos *Parquer vs. Brown* e *Cantor vs. Detroit Edison* e com foco no princípio do federalismo típico da experiência dos Estados Unidos da América, foram apontados critérios para a imunidade à legislação antitruste. Após nova decisão da Suprema Corte do país, entendeu-se que tal teoria seria aplicável, de maneira a isentar uma conduta da atuação antitruste, quando, cumulativamente⁷²⁷: (i) a regulação implementasse uma restrição às condutas possíveis do respectivo agente econômico, como

committee to tackle competition issues in the ICT sector; over half of all countries currently do not have a formal framework for collaboration between the ICT regulator and the competition authority; the majority of countries having established collaborative mechanisms are in G3 and G4; however some G2 countries have also moved towards establishing a sound basis for joint action”. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Digital Economy Outlook 2017*. OECD, 2018. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 144.

⁷²⁵ Há, ainda, outras teorias desenvolvidas para a solução da questão em tela. É o caso da denominada *Noerr-Pennington Doctrine*, fixada a partir de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Contudo, tal teoria tem ligação mais específica com peculiaridades do sistema norte americano, de maneira que acabou não tendo uma repercussão significativa nas demais experiências. Por tal motivo, neste trabalho, o foco é limitado às duas teorias apresentadas com maior repercussão para os objetivos desta tese, a *state action doctrine* e a *pervasive doctrine*. Não obstante, para maiores detalhes da *Noerr-Pennington Doctrine*, veja-se: MELO, Murilo Otávio Lubambo de. Defesa da concorrência nos setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 13, n. 1, 2006. p. 73-98.

⁷²⁶ Sobre as finalidades das construções da *state action doctrine* e da *pervasive power doctrine* na experiência dos Estados Unidos da América, veja-se: “Esse problema foi abordado, no Direito norte-americano por duas construções prudenciais, intituladas *State Action Doctrine* e *Pervasive Power Doctrine*, as quais vêm sendo invocadas pelo CADE em alguns casos. Suas principais finalidades são identificar a eventual imunidade de um setor regulado às disposições da lei concorrencial e, na ausência de imunidade, determinar qual a autoridade competente para aplicar o direito antitruste a esse setor”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 21.

⁷²⁷ Destacando os ajustes na *state action doctrine* após o caso *Cantor v. Detroit Edison*, veja-se: “Após o caso *Cantor v. Detroit Edison*, todavia, a Suprema Corte norte-americana reconsiderou esse entendimento, fixando parâmetros procedimentais para verificar a possibilidade de isenção à legislação antitruste. Em especial a partir do caso *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum Inc.*, estabeleceram-se dois critérios para *state action doctrine*: (i) a restrição deve decorrer de uma política clara e direta que vise a substituir o sistema concorrencial pela regulação; e (ii) deve haver supervisão ativa do Estado sobre a implementação dessa política pelos agentes econômicos privados. A exigência de fiscalização pelo Estado tinha por objetivo evitar que a política governamental produzisse resultados desarrazoados para a concorrência e para os consumidores. Observa-se, portanto, uma substituição da análise substancial por um exame procedimental”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 246.

decorrência de política que visasse a substituir o sistema concorrencial pela regulação; e (ii) houvesse supervisão pela respectiva autoridade para verificar se tal política estava sendo implementada. Tal teoria, mesmo após este posterior refinamento, não esclarecia se, para que houvesse a imunidade à aplicação do direito da concorrência, a regulação necessitaria impor diretamente uma conduta ao agente econômico, ou se apenas a incentivar já seria suficiente⁷²⁸.

Já na *pervasive power doctrine*⁷²⁹ (ou, em tradução, *teoria do poder amplo*⁷³⁰), formulada a partir dos casos *United States vs. National Association Dealers* e *Cantor vs. Detroit Edison* e com foco no conflito entre direito da concorrência e regulação setorial de mesma esfera (federal), a isenção antitruste foi prevista quando o poder regulador é extenso o bastante de maneira a afastar a proteção antitruste ou quando é reconhecido que a tutela antitruste já foi considerada no momento da edição da regulação setorial ou a própria autoridade reguladora detém competência para aplicar o direito da concorrência no setor⁷³¹.

⁷²⁸ Referindo que a *state action doctrine*, tal qual estabelecida nos Estados Unidos da América, acabou não esclarecendo todos os pontos de sua aplicação, veja-se: “Uma questão, todavia, que nunca foi devidamente esclarecida na jurisprudência americana refere-se à necessidade do caráter impositivo ou não da regulação. Em outras palavras, para afastar a incidência da legislação antitruste sobre determinada prática seria suficiente o estímulo à determinada prática pela regulação ou ela teria de se revestir de caráter obrigatório?”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 246.

⁷²⁹ Sobre origem da *pervasive power* e a possibilidade de existência de imunidades implícitas à aplicação do direito antitruste, veja-se: “Para resolver essa questão criou-se a doutrina do *pervasive power* acima referida. Segundo ela, presume-se que o Legislativo quis isentar um determinado setor econômico da aplicação do direito antitruste quando for possível determinar que a delegação de poderes regulamentares feita à agência ou órgão governamental é tão ampla a ponto de tornar aquela determinada atividade econômica incompatível com o sistema concorrencial. Para definir o que significa essa atribuição suficientemente ampla de poderes, dois critérios são utilizados. O primeiro deles sugere a verificação do tipo de poderes conferidos ao órgão. [...] Segundo esse critério, a atribuição a um órgão de poderes tão amplos incidentes sobre decisões empresariais que normalmente seriam tomadas com base apenas nos indicadores do mercado, demonstra a existência de intenção de substituir o sistema concorrencial pelo sistema da regulamentação e fiscalização estatal. [...] Pode existir, no entanto, uma outra razão para a existência de imunidade. Ainda que os poderes do órgão não sejam tão extensos a ponto de permitir a presunção de incompatibilidade com o sistema antitruste, é possível que sejam profundos o bastante para permitir presumi-la. Isso significa dizer que um poder pode, também, ser *pervasive* se na análise da conduta pelo órgão regulador for obrigatório levar em consideração, também, as suas consequências sobre o mercado. Como visto acima, isso significa basicamente analisar a competência do órgão”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 246-247.

⁷³⁰ Denominando a teoria de ‘Teoria do Poder Amplo’, veja-se: “A segunda teoria norte-americana é a denominada ‘Teoria do Poder Amplo’, elaborada para regradar possíveis conflitos de competência entre o órgão federal antitruste e uma regulação setorial também de sede federal, fornecendo critérios para avaliar quando a competência regulatória setorial afastaria a aplicação do direito concorrencial. Também nesses casos seriam duas as possibilidades de não-incidência da norma antitruste: ou as atribuições da autoridade regulatória têm tamanha extensão que afastariam qualquer outra atribuição, ou são suficientemente profundas, isto é, a própria autoridade setorial possui competência para aplicar a legislação de defesa da concorrência”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009. p. 39.

⁷³¹ Para um resumo da *pervasive power doctrine*, veja-se: “Dessa forma, surgiu a *Pervasive Power Doctrine*, que determina: (i) uma imunidade antitruste implícita, quando os poderes conferidos à agência reguladora sejam extensos o suficiente (i.e., conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial); ou (ii) um deslocamento da competência para aplicar o direito antitruste para o regulador, quando os poderes conferidos a ele forem profundos o suficiente (i.e., apesar de não afastar o direito antitruste, as competências já incluem a

Trata-se, portanto, de teorias inicialmente desenvolvidas para a realidade dos Estados Unidos da América – envolvendo, inclusive, questões relativas ao federalismo – que buscam identificar as situações em que a regulação setorial seria suficiente para afastar a aplicação do direito da concorrência, criando uma isenção antitruste e resolvendo, assim, determinadas situações que poderiam gerar conflito na atuação das autoridades antitruste e reguladora.

Contudo, mesmo que tais teorias fossem aceitas como regra geral, estendendo sua aplicação para as demais experiências nacionais e regionais de disciplina do setor, ainda assim sua eficácia, na prática, seria problemática, uma vez os aludidos critérios estabelecidos, se seguidos rigorosamente à risca, não são de fácil identificação nos ordenamentos jurídicos⁷³². Com efeito, retirando-se do contexto social e político em que foram criadas tais teorias e se extraindo apenas a lógica central da mesma⁷³³, o que se tem é uma determinação da própria regulação setorial afastando a aplicação da legislação antitruste, sendo reconhecido, ainda, que quando tal determinação não for expressa – havendo meramente um incentivo ou uma

aplicação das regras concorrenciais)”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 22.

⁷³² Reconhecendo que a aplicação prática das teorias em questão é cercada de desafios, veja-se: “Apesar do esforço da jurisprudência em traçar parâmetros para regular a aplicação da legislação antitruste aos setores regulados, a tarefa é extremamente complexa. Muitas vezes, avaliação sobre a existência de uma política clara que afaste as normas concorrenciais assim como o exame da extensão e da profundidade do poder do regulador passa por uma análise subjetiva da autoridade antitruste. O mesmo vale para os critérios fixados pela jurisprudência europeia, ante a complexidade de definir as hipóteses em que a conduta decorre estritamente do dever legal e aquelas em [que] a prática decorre da atuação autônoma dos agentes econômicos”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 248.

⁷³³ Para uma síntese do cerne principal das referidas teorias, veja-se: “As teorias desenvolvidas acima, uma vez retiradas do contexto sócio-político em que apareceram, permitem identificar critérios para avaliação da relação entre poder regulamentar e direito antitruste. Para que o poder regulamentar possa se exercer sem consideração dos princípios concorrenciais é necessário que a competência atribuída ao órgão regulamentar seja extensa o suficiente para excluir a aplicação do direito concorrencial. Isso se verifica quando a lei claramente substitui o sistema concorrencial pela regulamentação, declarando expressamente esse objetivo e/ou oferecendo os meios para tal. Esse último requisito é fundamental. É preciso que a determinação das variáveis fundamentais econômicas (quantidade e preço) seja posta a cargo do órgão regulamentar. Mas não é só. É preciso, também, que haja fiscalização eficaz do cumprimento das regras sobre preços e quantidades estabelecidas pelo órgão regulamentar. No sistema brasileiro, alguns institutos de direito administrativo permitem identificar essas hipóteses. Quando a atividade realizada pelo particular tem a natureza de serviço público, então, a regulamentação substitui o sistema concorrencial. É o que ocorre, via de regra, com as concessões de serviço público. Nelas há, normalmente, a criação de um verdadeiro monopólio de produção ou prestação de serviço pelo particular. Contrapartida necessária é a substituição do autocontrole do sistema de mercado pelo sistema regulamentar, que passa a estabelecer as variáveis relevantes, tais como o preço e frequentemente até a quantidade a ser produzida. A qualidade do produto ou serviço é normalmente objeto de fiscalização pelo próprio órgão governamental dotado do poder regulamentar”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 242-243.

recomendação, por exemplo – há ainda mais divergência acerca da possibilidade de reconhecimento da existência de isenção antitruste⁷³⁴.

Não surpreende, portanto, que tais teorias não sejam amplamente aceitas nas demais jurisdições, gerando discussões e divergências, notadamente quando não há, no respectivo ordenamento jurídico, disposição clara e expressa afastando a aplicação do direito da concorrência e a atuação da autoridade antitruste para determinada situação ou mercado do setor. Assim, na experiência brasileira, por exemplo, em que pese existam entendimentos dissonantes⁷³⁵, o entendimento predominante é de que não existe isenção antitruste amplamente acolhida no ordenamento jurídico⁷³⁶, sendo necessária uma análise, caso a caso, para verificar a possibilidade de eventual mitigação da atuação da autoridade antitruste⁷³⁷. Em

⁷³⁴ Para o entendimento expressado pela RIC no sentido de que, quando não há expressa determinação de imunidade antitruste, a tendência é de aplicação do direito da concorrência, veja-se: “When the regulation does not state or does not clearly imply the intention to shield the conduct in point from antitrust enforcement that the uncertainty may arise. However, in those circumstances, it is far from simple for private actors to persuade a Court that their anti-competitive conduct is in fact authorised under some sectoral not explicit regulatory regime. [...] Very similar conclusions should be drawn where a law exempts certain conduct or sectors from the application of antitrust laws. Also in these cases, there is no concurring application of conflicting regulatory regimes: the anti-competitive conduct which is mandated or authorised is not regulated by antitrust laws, as a result of an explicit legislative choice to derogate from the principles of a generally applicable antitrust law. Express exemptions constitute the external limits to antitrust enforcement”. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group. Subgroup 1: Limits and constraints facing antitrust authorities intervening in regulated sectors. *Report to the third ICN annual conference*. Seoul: ICN, abril 2004. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 5.

⁷³⁵ Destacando a existência de autores que acolhem a possibilidade de imunidade antitruste na realidade brasileira, em determinadas situações específicas, veja-se: “Comentando o setor portuário, Eros Roberto Grau e Paula Forgioni afastaram a tese da complementaridade de competências, sustentando a existência de isenção antitruste em questões envolvendo concorrência no interior dos portos públicos, sob a justificativa de que a antiga Lei dos Portos (Lei n.º 8.630/93, revogada pela Lei n. 12.815/2013) teria atribuído essa matéria exclusivamente ao Conselho da Autoridade Portuária – CAP, por meio do art. 30, VI, quando afirma competir-lhe ‘zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência’. [...] Portanto, apesar de vozes da doutrina vislumbrarem na legislação brasileira algumas situações de isenção antitruste, conforme acima exposto, o CADE tem firmado o entendimento de que, na generalidade dos mercados regulados, existe uma complementaridade de competências, seja para controle estrutural, seja no âmbito do combate a condutas anticompetitivas”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171.

⁷³⁶ Destacando a inexistência de imunidade antitruste na experiência brasileira, veja-se: “De acordo com a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, não há que se falar em qualquer imunidade antitruste no direito brasileiro (ROCHA & OLIVEIRA, 2003). Tal posicionamento é suportado pelo fato de nenhuma das normas que regem setores excluir explicitamente a aplicação de normas concorrenciais no setor, ao contrário, diversas delas afirmam que as regras gerais de defesa da concorrência são plenamente aplicáveis aos setores que buscam regular, e algumas preveem a necessidade de as agências reguladoras cooperarem com os órgãos antitruste”. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Regulação pró-concorrencial de acesso a ativos de infraestrutura: regime jurídico e aspectos econômicos*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100.

⁷³⁷ Também entendendo que no direito brasileiro não há imunidade antitruste ampla, veja-se: “A jurisprudência do CADE é pacífica no sentido de que os setores regulados não gozam de imunidade geral em relação à legislação antitruste cabendo à autarquia examinar, caso a caso, a possibilidade de mitigar a tutela da livre concorrência em favor da regulação setorial”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 248.

sentido semelhante, na experiência da União Europeia, especialmente a partir do caso *Deutsche Telekom*⁷³⁸, também acabou prevalecendo a lógica de se afastar a aplicação do direito da concorrência no setor exclusivamente diante de previsão expressa e clara neste sentido, que efetivamente retire a possibilidade de atuação autônoma e deliberada do agente econômico⁷³⁹.

Nesse compasso, apesar de existir uma possibilidade de maior limitação à atuação da autoridade antitruste no setor na experiência dos Estados Unidos da América – o que, também, é justificado pela concepção de direito da concorrência que prepondera naquela país – nas demais experiências não há uma isenção antitruste ampla, existindo apenas casos

⁷³⁸ Para uma análise crítica ao caso *Deutsche Telekom* na experiência da União Europeia na temática, veja-se: “A striking aspect of the Deutsche Telekom decision is that the Commission rejected DT’s argument that it had already been subject to a prior regulatory remedy and that therefore it was against the German regulator that the Commission should have initiated an action. It is true that in theory the Commission could have launched Article 226 infringement proceedings against the German government for the failure of the RegTP to comply with the EC Treaty (on the basis of Article 10 and 82 of the EC Treaty). Alternatively, the Commission could have adopted an Article 86 decision (in combination with Article 82 of the EC Treaty). This approach was followed in several prior instances, such as the Commission decisions over the fees charged by the Italian and Spanish authorities for attributing a second GSM license. The Article 226 approach would, however, raise several problems. [...] Nevertheless, it seems that in the Deutsche Telekom case, the Commission was initially contemplating an intervention on the basis of Article 86, but the eventually based its case on Article 82. Perhaps the most effective way to proceed would have been to launch parallel actions under Article 82 (against operator) and 82(1) combined with 82 against German regulator. This would have allowed not only to put an end to the anticompetitive conduct in question and to deter DT from future anticompetitive actions, but also to force NRAs to make sure that their decision is compatible with competition law”. GERADIN, Damien. Limiting the scope of article 82 of the EC Treaty: what can the EU learn from de U.S. Supreme Court’s Judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*? *Common Market Law Review*, dez. 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=617263>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 32.

⁷³⁹ Destacando a experiência da União Europeia na temática, com foco na análise acerca da autonomia de atuação da empresa ou na sua vinculação à regulação, necessariamente, veja-se: “Os conflitos entre regulação e Direito Antitruste também podem ser observados na jurisprudência europeia. Os julgados mostram que o critério determinante para a aplicação do Direito Antitruste é a possibilidade de atuação autônoma do agente econômico. A isenção à incidência das normas concorrenciais, portanto, exige que se avalie se a conduta se refere ao mero cumprimento de um dever legal e/ou se decorre da livre manifestação de vontade do sujeito. Nos casos C-359-95 e C-379-95, por exemplo, em que se discutia uma norma francesa sobre corridas de cavalo que restringia a competição, a CEJ decidiu que os agentes econômicos só poderiam ser punidos por infrações à concorrência caso ficasse demonstrado que a conduta não decorria do mero cumprimento de dever legal. [...] A Corte entendeu que, embora os Estados-membros tenham o dever de deixar de aplicar normas contrárias ao Direito Concorrencial Comunitário, não era possível punir os agentes econômicos em razão do princípio da segurança jurídica”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 247. Para um aprofundamento da análise da repartição de competências entre autoridades antitruste e reguladora na experiência da União Europeia, veja-se: “First is the question of whether the Commission should intervene when there is a sector-specific remedy that protects a competitive market structure in a given industry, which has been correctly enforced by a national regulator and which does not violate EC competition rules (i. e., there is an ‘effective’ regulatory remedy). In that case, the Commission should not intervene [...]. Second is the question of whether the Commission should intervene when there is a sector-specific regime designed to protect the competitive market structure, but when such regime has not been applied by the regulator (i.e., the presence of a ‘lazy’ and/or ‘captures’ regulator). In that case, competition authorities should be left free to launch proceedings on the basis of Article 82 of the EC Treaty”. GERADIN, Damien. Limiting the scope of article 82 of the EC Treaty: what can the EU learn from de U.S. Supreme Court’s Judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*? *Common Market Law Review*, dez. 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=617263>>. Acesso em: 15 jul. 2017

pontuais, específicos para hipóteses em que, de forma expressa, a regulação afasta a aplicabilidade do direito da concorrência⁷⁴⁰. Como consequência, retomando aquelas hipóteses vislumbradas acerca da repartição de competências entre autoridades reguladora e antitruste, tem-se que, na maioria das situações, tratar-se-á de competências complementares, e não excludentes⁷⁴¹. Veja-se que, mesmo nos Estados Unidos da América, o próprio *Telecommunications Act* de 1996 pressupunha inerente complementariedade na atuação das autoridades⁷⁴². Não obstante, até mesmo em decorrência da ausência de finalidades claras para a atuação das diferentes autoridades, nos Estados Unidos da América acabou sendo constatada uma sobreposição de competência das autoridades, e não uma complementariedade, o que justifica a maior dedicação a uma teoria de isenção antitruste.

Com efeito, o reconhecimento e a aplicação de que a finalidade específica maior para a disciplina do setor é a busca da rede virtual, alinhado ao necessário diálogo com a finalidade da busca da concorrência, tal qual aqui preconizado, evidencia a necessidade, em regra, de coexistência (e não de exclusão) entre as autoridades a tutelarem especificamente o setor e genericamente a concorrência. Ademais, com base neste reconhecimento e a partir do que se

⁷⁴⁰ Destacando as peculiaridades das experiências dos Estados Unidos da América e de outros países e blocos e revelando a importância da aplicação do direito da concorrência no setor, veja-se: “Principalmente diante de tantas perspectivas de adoção de novas tecnologias, os órgãos reguladores e de proteção à concorrência devem redobrar a sua atenção para que a existência de falhas de regulação não estimule a adoção de estratégias anticompetitivas que venham a abortar esse surto de concorrência no setor. Enquanto a decisão da Suprema Corte americana mostra que ainda há muito ceticismo quanto à capacidade técnica dos órgãos antitruste de se imiscuírem nos complexos detalhes da regulação, as experiências europeia e brasileira revelam que a defesa da concorrência tem grande espaço para promover a competição em setores regulados. Em particular, a decisão do CADE em condenar liminarmente uma concessionária de serviço público por práticas ilegais contra suas concorrentes despertou a atenção da Agência Nacional de Telecomunicações para o preenchimento de lacunas em seu arcabouço regulatório que permitiam tais condutas. A completa revisão regulatória que se seguiu, incorporando uma série de princípios do Direito Concorrencial às normas de compartilhamento de rede, revela o quão fundamental foi o papel indutor do órgão guardião da concorrência em promover a competição em setores regulados”. SANTOS, Bruno Carazza dos. Regulação e defesa da concorrência são realmente instrumentos complementares de política pública? Considerações sobre a experiência recente no setor de telecomunicações norte-americano, europeu e brasileiro. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 14, n. 1, 2007. p. 15.

⁷⁴¹ Reconhecendo tratar-se de competências complementares, e não excludentes, veja-se: “Nesse caso fica clara a posição do Conselheiro-Relator em relação à complementariedade entre as funções do órgão de defesa da concorrência e do órgão regulador: ‘Nessa linha, há que ficar claro que a existência de possíveis condutas anticompetitivas discriminatórias, quando houver, não decorre de uma falha da regulação, mas sim do abuso de um suposto poder dominante de uma firma que explora sua vantagem no mercado de origem para estender seu poder sobre o mercado alvo. [...] São, portanto, atribuições complementares, e não excludentes’ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 25-26)”. SANTOS, Bruno Carazza dos. Regulação e defesa da concorrência são realmente instrumentos complementares de política pública? Considerações sobre a experiência recente no setor de telecomunicações norte-americano, europeu e brasileiro. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 14, n. 1, 2007. p. 29.

⁷⁴² Para uma visão da complementariedade entre a atuação das autoridades nos Estados Unidos da América inerente ao aludido *Telecommunications acts of 1996*, veja-se: GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 520.

concluiu acerca dos papéis que mais adequadamente se revestem o direito da concorrência e a regulação setorial neste contexto, tal coexistência entre as autoridades merece ser pautada por uma relação de complementariedade, e não de sobreposição. Naturalmente, será necessário disciplinar claramente as hipóteses em que possa haver conflito entre as condutas e as ações necessárias para atingir estas diferentes finalidades. Nesse sentido, a experiência chilena, aqui investigada, evidenciou os ganhos que uma relação de complementariedade, devidamente disciplinada, pode proporcionar ao funcionamento do setor⁷⁴³. Ao tempo em que a experiência mexicana, mesmo já na sua reforma mais recente, ao contemplar uma relação de concorrência e sobreposição entre as autoridades, proporcionou dificuldades à disciplina do setor⁷⁴⁴.

Consoante foi exposto em praticamente todos os capítulos deste trabalho, também para a solução deste conflito não há uma fórmula ou um modelo pronto, universalmente aplicável e perfeito⁷⁴⁵. A realidade de cada país ou bloco, especialmente o nível de desenvolvimento e de concorrência observado no setor, bem como as características de seu sistema jurídico, serão determinantes para a definição, no detalhe, de como tal relação será normatizada. Não obstante, a compreensão dos pressupostos e conceitos preconizados nesta tese leva à conclusão de que, com a relevância da busca e da garantia de funcionamento de uma rede virtual no setor, competirá à regulação setorial estabelecer os casos em que, para possibilitar tal busca da rede virtual e exclusivamente naquilo que for necessário para tal busca, poderá haver, na respectiva situação, a preponderância da regulação em detrimento da aplicação do antitruste.

⁷⁴³ Destacando os méritos da repartição da complementariedade de competências entre autoridades antitruste e reguladora nas telecomunicações chilenas, veja-se: CORONEL, Leonardo Mena. Regulation and Investment in Telecommunications: Chile Case Study. *World Dialogue on Regulation for Network Economies*. mar. 2006. Disponível em: <<http://www.regulateonline.org/content/view/680/31/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

⁷⁴⁴ Para uma crítica à sobreposição de competências entre autoridades reguladora e antitruste no México, veja-se: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Telecommunication and Broadcasting Review of Mexico 2017*. OECD, 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁷⁴⁵ Para uma concepção sobre a inexistência de modelo perfeito de implementação da regulação e de relação entre autoridades, devendo ser privilegiada relação de colaboração entre autoridades, conforme a realidade de cada país ou bloco, veja-se: “The utopian model of enforcement does not exist. This realism is a sobering call for tempered expectations by undertakings, institutions and the public. We saw that all available alternatives – centralized, decentralized and agency-based enforcement – incorporate trade-offs between positive and not-so-positive features. In the final analysis, the current network-based model should be strengthened and supplemented, but certainly not replaced. Recent efforts of the ERG may be expected to make an important contribution to increasing the level of consistency. They may indirectly further enhance NRAs’ independence. From the Commission’s perspective, the best way forward would seem a closer association with the ERG and hence the NRAs on a footing of trust and equality – rather than increasing the hierarchical element in their relationship through an extended veto power”. BENGHOZI, Pierre-Jean; GILLE, Laurent; VALLÉE, Alain. Innovation and regulation in the digital age: a call for new perspectives. In: PREISSEL, Brigitte; HAUCAP, Justus; CURWEN, Peter (eds.). *Telecommunication Markets. Drivers and Impediments*. Heidelberg: Springer, 2009. p. 503-525.

Ou seja, guardando pertinência e lógica com o que foi defendido nesta tese, apenas em casos excepcionais e claramente identificados no respectivo ordenamento, e exclusivamente no que for necessário à consecução da rede virtual de acordo com a respectiva realidade envolvida, é que a regulação setorial poderá definir espaços em que determinada conduta específica deva ser pautada pela regulação e não pela concorrência. Sem prejuízo, é claro, da atuação da autoridade antitruste e da aplicação do direito da concorrência naquilo que transborde a determinação da regulação⁷⁴⁶. Nesse sentido, por exemplo, a imposição a determinado agente econômico de uma obrigação de universalização na prestação de determinado serviço com um patamar de qualidade mínima (como ocorre com regulações envolvendo acesso à internet com banda larga, como visto) ou de uma limitação de custo na atuação em determinado mercado (como ocorre com limites a tarifas de *roaming*, como demonstrado), em que pese neste aspecto regulatório ser adequado impedir a atuação da autoridade antitruste, tal não impede a atuação desta mesma autoridade em relação a outras condutas anticompetitivas deste mesmo agente econômico que não sejam diretamente decorrentes da respectiva regulação exemplificada⁷⁴⁷.

Repita-se, consoante já havia sido adiantado ao se apresentar a proposta de rede virtual como finalidade maior da disciplina do setor, a forma como tais questões serão normatizadas por cada país ou bloco dependerá das respectivas características e peculiaridades, inclusive se ocorrerá por meio do acolhimento de princípios ou de, com maior especificidade, regras de

⁷⁴⁶ Analisando caso concreto ocorrido no setor de telecomunicações brasileiro, Ana Frazão destaca a competência do CADE para analisar e sancionar conduta anticompetitiva, mesmo em setor regulado e não obstante regulação editada pela ANATEL, justamente por se tratar de conduta adotada que não encontrava qualquer subsídio na regulação. Nesse sentido: “Embora a Lei Geral de Telecomunicações tivesse como objetivo estimular a concorrência pelos incumbentes, isso não autorizava a representada a praticar abusos unicamente para impedir a conquista de poder de mercado pela entrante. Além disso, embora sejam lícitas análises de mercado que se destinam a conhecer o perfil dos clientes para ofertar os produtos que melhor se ajustam às suas necessidades, não se pode admitir o monitoramento estratégico de consumidores que entram em contato com a concorrente, na medida em que isso assegura uma vantagem competitiva ilícita”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 326.

⁷⁴⁷ Para um exemplo de atuação de autoridade antitruste, mesmo presente regulação setorial, mas sem uma previsão clara da isenção antitruste, veja-se: “Naqueles espaços concorrenciais abertos expressamente pela lei e pela regulamentação, ou naqueles em que o silêncio da lei é suprido com a negativa de aplicação das regras prudenciais da *State Action Doctrine* ou da *Pervasive Power Doctrine*, o CADE detém competência plena de adjudicação da concorrência, e a tem exercido reiteradamente. Aliás, nessas situações, mesmo quando a agência reguladora detém alguma competência concorrente para implementar normas de defesa da concorrência (e.g., Anatel), o CADE tem se mostrado muito mais ágil em sua aplicação. A partir desse contexto, antes mesmo das alterações legislativas recentes, o CADE vinha sendo julgado competente para decidir as questões concorrenciais surgidas em matéria de telecomunicações, uma tendência que deve ser mantida sob a nova sistemática legal. Assim, por exemplo, ocorreu nas disputas que a Embratel travou com a Telefônica e com a Brasil Telecom, que apuraram eventual discriminação de preços imposta pelas concessionárias locais à Embratel no acesso às redes locais de telefonia”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 23.

conduta. Sendo certo, ademais, que, necessariamente, será preciso ponderar valores e princípios, bem como será imprescindível a proporcionalidade⁷⁴⁸ na definição e na aplicação destas normas, a fim de que seja efetivamente buscado o mencionado equilíbrio entre as finalidades da rede virtual e da concorrência.

Nessa senda, apesar de não ser possível adentrar no detalhe de como há de se disciplinar esta relação entre as autoridades em cada país ou bloco, é possível apontar que, guardando pertinência com o que é preconizado nesta tese, deva haver complementariedade na atuação das autoridades, cabendo à regulação setorial a definição dos espaços e dos limites em que, em determinados casos e exclusivamente naquilo que for necessário para atingir e defender uma rede virtual efetiva e em funcionamento no setor, a regulação preponderará sobre a atuação antitruste.

Nesse sentido, é reconhecido que não deva competir à autoridade antitruste a análise acerca da adequação da regulação para a consecução da finalidade de concorrência, justamente por serem distintas as finalidades buscadas pela regulação setorial e pelo direito da concorrência⁷⁴⁹. Assim como é reconhecido que não deva ser papel atribuído à autoridade antitruste a revisão da política regulatória do setor, tratando-se de competências complementares⁷⁵⁰. Defende-se, assim, que deva competir à autoridade ou ao ente

⁷⁴⁸ Sobre a importância da proporcionalidade na relação entre autoridades, veja-se: “Não há de se admitir, salvo excepcionalmente, o afastamento por completo do princípio da livre concorrência, sob a alegação de que o futuro concessionário terá obrigações de universalização do serviço. Deve-se, por meio da proporcionalidade, determinar o *quantum* de concorrência que essa estrutura prestacional admite, de maneira que, ainda que o serviço deva ser prestado em regime de exclusividade, seria imprescindível a aplicação dos princípios concorrenciais quando da formatação do certame e do contrato de concessão, adotando-se, inclusive, sempre que possível, a assimetria regulatória pró-concorrencial, deixando fora da exclusividade atividades correlatas que possam ser exploradas em concorrência sem prejudicar as obrigações especiais de serviço público”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009. p. 37.

⁷⁴⁹ Destacando que, usualmente, não é reconhecida competência à autoridade antitruste para revisar a regulação, a fim de avaliar sua adequação sob o ponto de vista concorrencial, veja-se: “Considerando-se, por consequência, a Lei da Concorrência aplicável às agências reguladoras, é preciso saber como o CADE se relaciona com estes entes no que toca, especificamente, à possibilidade de revisão ou supressão de atos regulatórios. Para Ana Maria Nusdeo, ‘no Direito Brasileiro não há atribuição de competência à autoridade antitruste para apreciar leis e atos normativos em tese, emitidos por outros entes governamentais, para verificação de sua compatibilidade com a manutenção da livre concorrência’. A autora cita o exemplo da Lei Antimonopólio sul-coreana, na qual haveria tal previsão. Assim, parece bastante razoável que, utilizando-se critérios de *proporcionalidade* e de *intervenção mínima na vida privada*, o CADE use os meios necessários para repreender a prática de tais atos. Entretanto, esta atuação do CADE deve ser muito ponderada, não sendo admissível interpretar o arcabouço normativo setorial de maneira a provocar distorções e arbitrariedades”. SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

⁷⁵⁰ Delimitando a competência da autoridade antitruste, especificamente na realidade brasileira, e reconhecendo não ser cabível que esta promova revisão de política regulatória setorial, veja-se: “Os precedentes descritos deixam claro que o CADE não admite a existência de isenção amplas em setores regulados. Essa constatação,

regulador⁷⁵¹ a análise do setor, com as respectivas especificidades, a fim de definir o marco regulatório mais adequado e pertinente para a consecução das respectivas finalidades setoriais, não devendo, posteriormente, a autoridade antitruste intervir e revisar tal marco⁷⁵². Tal não impede – e, pelo contrário, recomenda, inclusive – que haja colaboração e diálogo⁷⁵³ entre as autoridades, de maneira que, por exemplo, a autoridade antitruste não deva revisar o marco regulatório⁷⁵⁴, mas deva, sim, fazer recomendações e contribuições, no que se refere à

contudo, não significa que a autoridade antitruste seja indiferente à regulação setorial. Nas hipóteses em que as normas regulatórias substituam a livre concorrência, não deixando margem para a atuação autônoma pelos agentes econômicos, a legislação antitruste será afastada. Entretanto, verificando-se a existência de omissão ou de lacunas na regulação, o CADE poderá intervir para sancionar práticas contrárias à ordem econômica. O que não se admite é a revisão das políticas regulatórias pelo CADE, na medida em que a regulação e o Direito Antitruste devem incidir de maneira complementar”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 250.

⁷⁵¹ Defendendo que o desenho do quadro regulamentar, com a definição dos espaços concorrenciais, deva tocar à autoridade reguladora do setor, veja-se: “Neste passo, concordo com o Parecer do professor Carlos Ari Sunfeld acostado aos autos, quando este afirma que ‘a simples existência de atos, legais ou administrativos, disciplinando a organização de um dado setor da economia’ (...), embora possa afetar a incidência do direito antitruste, não tem o efeito de excluí-lo. O que se imporá, por certo, será o dever de, em suas decisões, a autoridade antitruste combinar as normas gerais antitruste com as normas especiais de organização do setor’. Portanto, a competência para delinear os contornos do setor e definir normas gerais é da regulação setorial, não podendo o CADE subverter ou inviabilizar na prática a pauta regulatória. Em se tratando de segmento regulado, especialmente serviço público, a atuação do CADE deve, com efeito, ser excepcional e pontual, para reprimir eventual abuso do poder econômico, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009. p. 36.

⁷⁵² Justificando por que a autoridade antitruste não deva adentrar à revisão de quadro regulatório de determinado setor estabelecido pela respectiva autoridade reguladora, veja-se: “Tomás Vazquez Lépinette, ao discorrer sobre a aplicação do direito da concorrência aos setores regulados, adverte que ‘o Direito da Defesa da Concorrência serve para reprimir os abusos de posição dominante caso por caso, mas não faculta a imposição de medidas estruturais de caráter geral’. Também Ruy Santacruz observa ‘caber a cada agência planejar a estrutura do mercado que regula e a forma de concorrência que considera melhor para a sociedade. Dessa maneira, não é lógica a possibilidade desse planejamento ser alterado pela decisão do órgão antitruste, que desconhece a estratégia do regulador e não detém os conhecimentos técnicos específicos necessários para a tomada de decisão. A duplicidade de regulação é, desse modo, ineficiente do ponto de vista público e privado’. Nesse sentido tem se inclinado a jurisprudência do CADE, por exemplo, em voto do Conselheiro Mércio Felsky, o qual se pronunciou sobre eventual conflito de competências entre o CADE, o Poder Concedente dos Estados e a ANP, a respeito do mercado de gás natural: ‘No caso em análise, porém, em que os serviços já foram concedidos de acordo com as regras estabelecidas pelo legítimo poder concedente, entendo que cabe a ele (poder concedente) e à agência reguladora criada avaliar a conveniência e a oportunidade das medidas propostas’”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009. p. 38.

⁷⁵³ Exemplificando com a realidade brasileira, observa-se que, uma vez estabelecidos os espaços competitivos pela autoridade reguladora, resta facilitada a atuação da autoridade antitruste e, até mesmo, o diálogo entre as autoridades. Nesse sentido: “Todos esses casos corroboram a visão de que, uma vez definidos os espaços competitivos no âmbito de mercados regulados, o CADE sente-se bastante confortável em exercer plenamente suas competências de prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, assumindo uma clara posição de liderança em relação aos órgãos reguladores. Aliás, como se nota das discussões havidas no mercado de telecomunicações (e.g., casos de EILD), as decisões do CADE nos espaços concorrenciais acabam influenciando alterações na própria moldura regulatória que abre esses espaços, estabelecendo um saudável diálogo institucional entre intervenções *ex post* das autoridades de defesa da concorrência e a regulação *ex ante* das agências reguladoras”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 42.

⁷⁵⁴ Sobre a importância de definição dos espaços de imunidade antitruste, até mesmo para evitar que a autoridade antitruste interfira e (re)defina a política setorial e as respectivas finalidades, veja-se: “Essa noção histórica tem o

sua dimensão concorrencial⁷⁵⁵, ou, ainda, possa encaminhar a solução de um caso para a autoridade reguladora, quando o caso envolver a aplicação da respectiva regulação⁷⁵⁶. Até porque, seria contraditório com o próprio reconhecimento da importância da finalidade maior setorial – que aqui se entende que deva ser a rede virtual, como visto – e com todo o sistema regulatório desenvolvido para o respectivo país ou bloco se, posteriormente, o resultado direto da aplicação deste sistema pudesse ser revisto e redefinido pela autoridade antitruste⁷⁵⁷.

grande mérito de fazer observar que, na ausência de hierarquia estabelecida entre regulação e concorrência, isenções podem ser criadas: i) pela especificidade da norma regulatória; e ii) pela execução, pelo regulador, de políticas públicas formuladas pelos poderes soberanos. Essas manifestações que, a meu ver, são sempre explícitas – e nisso discordo de Salomão Filho –, decorrem de julgados do judiciário, normas do legislativo e programas do executivo, que devem estar traduzidos em regulamentos cumpridos pela agência ou por outro regulador. Não poderia, nessa linha, uma agência concorrencial intervir onde um poder soberano tenha afastado a sua interferência pela supervisão ativa de um regulador. Seria não só hierarquicamente desarrazoado, mas propriamente uma subversão da relação delegante-delegado e uma afronta ao art. 2º da Constituição Federal. Essa atuação desvirtuaria, ainda, a própria concepção do CADE como órgão de Estado, visto que interferência na regulação implicaria o redesenho da estratégia traçada para determinado setor, transformando a autarquia em órgão formulador de políticas públicas e, portanto, de governo”. TAUFICK, Roberto Domingos. Imunidade Parker v. Brown: releitura das doutrinas state action e pervasive power no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 3, n. 2, dez. 2009. p. 99.

⁷⁵⁵ Seguindo com a análise da realidade brasileira, destaca-se experiência em que a autoridade antitruste apenas emite recomendações e outros atos não vinculantes à autoridade reguladora no que se refere à eventual consequência anticompetitiva de regulação editada por esta. Nesse sentido: “O CADE tem atuado de forma bastante cautelosa no que tange à delimitação dos espaços concorrenciais em setores regulados. Diante de atos editados por autoridades públicas para regulação de matéria de sua competência, incluindo a própria delimitação do espaço aberto à concorrência no respectivo mercado regulado, o CADE tem demonstrado interesse sobre o assunto, mas tem restringido a sua atuação a conselhos e sugestões sem qualquer caráter vinculante. [...] O Conselho tem se permitido avaliar e eventualmente apontar falhas em algumas políticas regulatórias que restringem a concorrência. No entanto, o resultado desse tipo de análise limita-se a requisição ou solicitação de providências para a adequação de molduras regulatórias aos ditames concorrenciais, nos termos do revogado art. 7º, inciso X, da Lei n. 8.884/94, equivalente ao art. 9º, inciso VIII, da Lei n. 12.529/2011. [...] Na prática, o que se nota é que os entes reguladores (i.e., Agências ou Administração Direta na qualidade de Poder Concedente) têm assumido a dianteira no papel de determinação e desenho do grau de abertura de mercados regulados à concorrência, contando com grande deferência do CADE”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 32.

⁷⁵⁶ Destacando a possibilidade de envio de casos da autoridade antitruste para a autoridade reguladora adotar a solução mais adequada ao marco regulatório, veja-se: “Finally, when there is an effective regulatory remedy to an anti-competitive conduct by a dominant operator, the Commission (or, more generally, the national competition authorities) should defer to the sector-specific regulator, except when the regulator has failed to take adequate action against the anti-competitive conduct in question. In that situation, the Commission/NCA should initiate action on the basis of competition rules, but transfer the case to the NRA when there is a reasonable prospect that this authority may be able to offer an adequate remedy”. GERADIN, Damien. Limiting the scope of article 82 of the EC Treaty: what can the EU learn from de U.S. Supreme Court’s Judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*? *Common Market Law Review*, dez. 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=617263>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 30.

⁷⁵⁷ Destacando que seria contraditório com todo o sistema regulatório possibilitar que a autoridade antitruste revisasse a política setorial, veja-se: “A regulação é porosa. Apenas os três poderes são soberanos por meio dos supremos representantes do Executivo, Legislativo e Judiciário. É assim que ao Legislativo é lícito intervir na esfera antitruste, formulando isenções concorrenciais, como o faz o art. 88 do projeto de lei para o novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), ao redefinir o que é um ato de concentração. Da mesma forma o judiciário, ao avaliar a competência de atuação Cade em operações envolvendo instituições financeiras. Nesse mesmo sentido, expressas políticas regulatórias priorizadas pelo chefe do executivo não devem sofrer

Aliás, vale destacar interessante decisão⁷⁵⁸ proferida pela autoridade antitruste brasileira (CADE), na qual, ainda que sem decidir pela revisão da regulação de determinado setor por parte do CADE, na fundamentação de tal decisão foi sustentado que a autoridade antitruste poderia diretamente verificar a adequação da regulação editada no que se refere à busca da finalidade da concorrência naquele setor⁷⁵⁹. Tal fundamentação da decisão acabou sendo alvo de repetidas críticas⁷⁶⁰, justamente por admitir uma revisão pela autoridade antitruste da regulação editada e aplicada pela autoridade reguladora, evidenciando que a aplicação do entendimento aqui preconizado conduz à consequência também aceita e acolhida pela doutrina especializada.

interferências concorrenciais na sua substância. O CADE atua nos poros regulatórios, complementando e/ou suprindo a regulação – e não a contradizendo. É, no mínimo, paradoxal aceitar a existência de um setor regulado, analisar tal setor com base na estrutura regulada e, alfin, querer redefinir parcialmente a regulação do setor, como se a regulação pudesse ser desmembrada sem perder o sentido originalmente desejado”. TAUFICK, Roberto Domingos. Imunidade Parker v. Brown: releitura das doutrinas state action e pervasive power no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 3, n. 2, dez. 2009. p. 100.

⁷⁵⁸ Sobre a mencionada decisão proferida pelo CADE, trata-se de caso envolvendo concessão de exclusividade a cooperativa de táxi pelo Poder Executivo, a saber: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo nº. 08012.006507/1998-81*. Conselheiro Relator: Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. DOU 20/08/2003. Disponível em: <<https://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2017.

⁷⁵⁹ Para comentários acerca do aludido caso julgado pelo CADE, veja-se: “O tema voltou a ser analisado no Procedimento Administrativo n. 08012.006507/1998-81 que envolvia discussão sobre a concessão de exclusividade a uma cooperativa de táxi pela regulação municipal. O CADE entendeu que a prática era fruto de uma ‘política expressa e bem definida da regulação’, que estava sendo ‘devidamente fiscalizada’, satisfazendo os dois requisitos estabelecidos pela *state action doctrine*. A decisão fez menção ainda à ‘razoabilidade das normas regulatórias *vis-à-vis* o princípio constitucional da livre concorrência’. Vale ressaltar que autores como Caio Mário da Silva Pereira Neto e José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho criticam o julgamento, destacando que a razoabilidade pode ser um critério adequado para separar políticas regulatórias lícitas e ilícitas, mas não para definir aquelas que estão ou não sujeiras à apreciação do CADE”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 249.

⁷⁶⁰ Para uma crítica ao posicionamento do CADE entendendo que a autoridade antitruste teria competência para analisar a razoabilidade – ou a proporcionalidade – da regulação, no que se refere ao aspecto concorrencial, veja-se: “A mesma ideia parece ter sido invocada no PA n. 08012.006507/98-81 (Ivan Garcia Diniz vs. Coopertaxi, Prefeitura Municipal de Natal, Prefeitura Municipal de Parnamirim e outros, relator Conselheiro Roberto Pfeiffer, julgado em 06.08.2003, publicado no DOU em 20.08.2003), em que foi questionada a política regulatória dos serviços municipais de táxi. Nesse caso, o relator Conselheiro Roberto Pfeiffer aplicou a State Action Doctrine, mas defendeu que o CADE detém ‘competência residual para intervir em setores sujeitos à regulação’ (dados os art. 170, inciso IV, e art. 173, § 4o, ambos da Constituição Federal) e emitiu julgamento sobre a medida em discussão (i.e., restrição regulatória no sentido de que apenas os táxis pertencentes a determinada cooperativa pudessem realizar o trajeto envolvendo o Aeroporto Internacional Augusto Severo, localizado em Parnamirim/RN), declarando-a compatível com o regramento constitucional. [...] Aqui Roberto Pfeiffer posiciona-se de forma destoante com a maior parte da jurisprudência do CADE sobre a matéria, afirmando que a competência residual de que o CADE dispõe para julgar as políticas regulatórias surgiria ‘sempre que: (i) o órgão regulador não estabelece uma normatização adequado ou razoável de substituição da concorrência pela regulação, provocando uma falha de mercado; e/ou (ii) não há uma supervisão/fiscalização ativa da aplicação ou observância (enforcement) do regulamento’. Ora, a razoabilidade ou a adequação da política regulatória não pode ser o critério para determinar a competência do CADE. A razoabilidade parece apta a separar as políticas regulatórias lícitas (i.e., razoáveis) daquelas ilícitas (i.e., não razoáveis), mas não o critério adequado para determinar quais delas estão ou não sujeitas à apreciação do CADE”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 28.

Se não bastasse isso, a aplicação do entendimento de que a rede virtual é a finalidade fulcral a ser buscada pela disciplina do setor, com a consequência aqui exposta para o estabelecimento de uma relação de complementariedade entre as autoridades, também facilita o necessário diálogo e intercâmbio de experiências⁷⁶¹ entre estas autoridades. Com efeito, ao ficar claro quais são as finalidades maiores buscadas pela autoridade reguladora no setor e pela autoridade antitruste, é facilitada a compreensão do próprio marco regulatório e dos espaços abertos à concorrência no mercado, o que é indispensável para a adequada atuação de tais autoridades.

Ainda, esta complementariedade contribui para minorar os riscos de captura, tanto da autoridade reguladora, quanto da autoridade antitruste⁷⁶², ao estabelecer uma espécie de dupla proteção⁷⁶³. Da mesma forma, através deste diálogo, auxilia-se no aprimoramento do quadro regulatório⁷⁶⁴ e na definição e na dosimetria das penalidades eventualmente impostas⁷⁶⁵.

⁷⁶¹ Sobre a necessidade de estreita relação e de diálogo entre autoridades, inclusive com consultas e outras formas de interação, veja-se: “No direito brasileiro, caminhou-se para uma solução de compromisso entre as funções reguladoras e de defesa da concorrência, mediante a adoção do instituto da consulta, às entidades concorrenciais, previamente à edição de atos normativos das autoridades reguladoras, conforme o art. 19 da Lei n. 12.529/2011. A implementação do quanto disposto no art. 19 poderá ser de grande valia na redução do risco de aprovação de normas que criem ou reforcem barreiras artificiais à entrada, propiciem o fechamento dos mercados ou permitam o surgimento de outras consequências anticoncorrenciais”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 322.

⁷⁶² Destacando outras vantagens da existência de competência complementar entre as autoridades, inclusive para diminuir risco de captura da autoridade reguladora, veja-se: “Coloca-se, assim, o desafio, para as autoridades administrativas e para o intérprete do Direito de modo geral, de coordenar adequadamente a atuação das agências e dos órgãos de defesa da concorrência. A sobreposição de esferas administrativas, nesse sentido, longe de ser um mal, gerador de dificuldades burocráticas e operacionais, apresenta-se como uma vantagem do sistema, propiciando que a intervenção dos órgãos de defesa da concorrência se coloque como uma instância revisora das decisões ou omissões no âmbito das agências reguladoras, de maneira a corrigir eventual ‘contaminação’ que as agências possam sofrer em decorrência da influência direta das empresas do setor”. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências reguladoras e concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 185.

⁷⁶³ Destacando a importância desta dupla proteção das autoridades nos mercados de telecomunicações, veja-se: “As a complement to sector-specific rules, as the telecommunications sector tends to give way to greater competition, the application of competition law and principles tend to be enhanced. This enhanced role may include not only protecting competition but also promoting pro-competitive policies and cooperating with telecoms regulators in issues such as the definition of the relevant market, dominant positions or market power, among others. Therefore, a fluent interplay between both agencies can result in properly taking the advantages of double control over the sector. It must be highlighted that the fact that this is a double control does not mean duplicated, since actions performed by the sector-specific regulator and the competition authority are complementary, not identical. This is especially beneficial when there is a high risk of regulatory capture over one of the agencies, something that is very common in developing countries, which makes place for the other to act as a watchdog”. SZERMAN, Paloma. *Telecommunications-specific regulators & competition agencies: their institutional setting in Spain, the UK and France*. *European Networks Law & Regulation Quarterly*, v. 4, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2703665>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 244.

⁷⁶⁴ Destacando caso em que a autoridade antitruste contribui para ajuste em quadro regulatório, mesmo sem revisar diretamente a regulação, veja-se: “A conclusão desse longo processo no âmbito do CADE e da Anatel é que, a despeito das deficiências institucionais, a ação do órgão guardião da concorrência foi fundamental para a alteração no quadro regulatório referente ao acesso local no Brasil. Ficou evidente que o Direito Concorrencial

Naturalmente, também emergem riscos e desafios deste diálogo e desta complementaridade⁷⁶⁶. Entretanto, tais riscos apenas reforçam a necessidade de que esta relação complementar seja devidamente disciplinada, a fim de se esclarecer, de acordo com a realidade e as peculiaridades de cada país ou bloco, os detalhes da forma desta atuação complementar, observando os parâmetros gerais acima delineados.

Destarte, depreende-se que, no que se refere às discussões envolvendo a forma mais adequada de relação entre autoridades antitruste e reguladora no setor de telecomunicações, a testagem da aplicação da proposta de rede virtual como finalidade maior da disciplina setorial aqui preconizada mostra-se exitosa. Com efeito, tal entendimento tem o demonstrado potencial de contribuir para a solução das aludidas discussões. Ainda que não seja possível apontar, em detalhes, a forma mais adequada de relacionamento entre as autoridades nas experiências de todos os países e blocos – pretensão que, inclusive, sequer poderia ser

tem não apenas um papel complementar ao exercido pela regulação, mas muitas vezes um papel de indutor de mudanças que são essenciais para o aumento da eficiência e o desenvolvimento econômico de um país”. SANTOS, Bruno Carazza dos. Regulação e defesa da concorrência são realmente instrumentos complementares de política pública? Considerações sobre a experiência recente no setor de telecomunicações norte-americano, europeu e brasileiro. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 14, n. 1, 2007. p. 29.

⁷⁶⁵ Para um exemplo da realidade brasileira, em que se reconhece possibilidade de uma mesma conduta gerar punição nas esferas regulatória e antitruste, sem que implique *bis in idem*, veja-se: “No Direito Antitruste, é possível que o mesmo ato configure um ilícito regulatório e uma infração à ordem econômica, hipótese em que, salvo quando a regulação setorial implicar o afastamento das normas concorrenciais, poderá haver a aplicação de dupla sanção, não havendo que se cogitar de afronta ao princípio do *ne bis in idem*. Esse entendimento foi acolhido pelo CADE no Processo Administrativo n. 08012.003918/2005-14, em que se discutia a prática de ilícito concorrencial praticado pela Telemar, que efetuou o monitoramento das ligações realizadas por seus assinantes ao Serviço de Atendimento de Clientes de suas concorrentes Vésper S/A, Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A e Click 21 Comércio de Publicidade, com o objetivo de oferecer descontos diferenciados de acordo com o grau de adimplência, o nível de consumo e o tempo de duração da chamada ao SAC. Na ocasião, a representada alegou que já havia sido punida pela ANATEL pelo mesmo fato e que a imposição de nova penalidade configuraria *bis in idem*. O Tribunal rechaçou o argumento, ressaltando, nos termos do voto condutor da presente autora, que a cumulação de esferas punitivas só poderia ter desdobramentos sobre a dosimetria da pena, mas jamais poderia ser utilizada para afastar a competência de qualquer das autoridades judiciais ou administrativas responsáveis pela apuração e julgamento do ilícito. Em razão disso, a aplicação de penalidade anteriormente foi considerada tão somente como atenuante na fixação da nova sanção pelo CADE”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 225.

⁷⁶⁶ Destacando que há riscos e questões a serem observadas em decorrência da complementariedade das competências entre autoridades, veja-se: “Though overlapping jurisdiction may be exceptional and sporadic, especially in those countries whose competition enforcement has been rather weak, overlapping jurisdiction may lead to inefficiencies, which may destabilize and inhibit competition or even more so, to inaction by authorities, under the justification that such problems should be avoided. Also, overlapping jurisdiction could lead to regulatory duplication, inefficient use of resources and increased costs, risk of inconsistency of results, rulings or standards imposed, and the risk of a ‘forum shopping’ or ‘regulatory gaming’ by market participants, which would bring overall market uncertainty. On the other hand, when powers and responsibilities are efficiently allocated within the institutional framework, both competition and sector-specific rules can be utilized to its fullest capacity, allowing for regulatory coherence with respect to maintaining and promoting competition and assuring that regulation is pro-competitive”. SZERMAN, Paloma. Telecommunications-specific regulators & competition agencies: their institutional setting in Spain, the UK and France. *European Networks Law & Regulation Quarterly*, v. 4, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2703665>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 244.

efetivamente relevada, diante das enormes diferenças existentes entre estas – observa-se que a formulação aqui proposta tem o condão de indicar um caminho de solução. Este caminho passa pelo reconhecimento de complementaridade na relação entre as autoridades antitruste e setorial, com a necessidade de disciplina clara da forma desta relação, não devendo, a princípio, a autoridade antitruste ter competência para rever a política e os meios adotados para a busca da finalidade setorial.

Nessa senda, assim como foi realizado e superado o teste da formulação aqui proposta em relação à forma mais adequada de relação entre as autoridades com competência no setor, passa-se à testagem semelhante, mas focada em questão mais específica e hodierna, cercada de grande polêmica e divergências, que é a neutralidade de rede e a forma mais adequada de sua disciplina.

B.2 Neutralidade de rede

Talvez não exista, no momento, assunto mais atual e claramente relacionado ao funcionamento das redes – e à proposta de rede virtual aqui realizada, portanto – do que este da neutralidade de rede. Não apenas pela relevância da temática⁷⁶⁷ em uma realidade marcada por OTTs, superplataformas e diferentes serviços prestados através das redes, mas, especialmente, em decorrências das divergências e polêmicas recentes acerca dos entendimentos na questão. Com efeito, quando se imaginava que o debate em matéria de neutralidade de rede já havia sido direcionado para a forma de sua disciplina legal⁷⁶⁸, recente

⁷⁶⁷ Destacando que a neutralidade pode proporcionar melhoria nos indicadores do setor, veja-se: “There are other factors that should also be taken into consideration when making policy recommendations: providing broadband Internet as a universal service or improving the availability of broadband Internet, the cost of regulation and the ensuing market reaction towards such intervention. In addition, some proponents in the US suggest that stipulating network neutrality rules and promoting innovation at the edge of the network is a good option for raising the country’s Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) ranking”. JITSUZUMI, Toshiya. Efficiency and sustainability of network neutrality proposals. *In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 259.

⁷⁶⁸ Apontando que, ao final de 2016, o debate estava focado na forma de disciplina e de regulação da neutralidade de rede, e não mais na necessidade de tais disciplina e regulação, veja-se: “The European Union’s 2015 adoption of its Single Telecom Market regulation and the U.S. court’s 2016 decision that upheld the Federal Communications Commission’s (FCC’s) 2015 Open Internet Order (U.S. Telecom Association v. FCC, 825 F.3d 674 (D.C. Cir. 2016)) marked turning points in the decade-long controversy over network neutrality. These decisions moved the debate past whether to mandate network neutrality and instead focused it on how to enforce network neutrality”. YOO, Christopher. Avoiding the pitfalls of net uniformity: zero rating and

mudança de entendimento no FCC dos Estados Unidos da América⁷⁶⁹ voltou a suscitar questionamentos acerca da própria necessidade e do interesse na disciplina da neutralidade de rede.

Se não bastasse isso, a pertinência da aplicação da presente proposta de rede virtual no setor às discussões relativas à neutralidade também é evidenciada quando se observa que a própria origem da internet está relacionada a pretensões de abertura e de descentralização, a fim de possibilitar a integração de qualquer tipo de rede⁷⁷⁰. A lógica imaginada originalmente para internet guarda proximidade com o conceito de rede virtual, sendo este, contudo, mais amplo, para abranger todas as redes⁷⁷¹, mas dependente e relacionado ao funcionamento da internet.

Destarte, trata-se de questão relevante e que segue, vivamente, presente na pauta das discussões do setor⁷⁷². As divergências são tamanhas que, mesmo entre os que estão alinhados

nondiscrimination. *Review of Industrial Organization*, v. 50, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3081158>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 512.

⁷⁶⁹ Como informado, a partir da alteração na presidência da república dos Estados Unidos da América, houve, igualmente, alteração na composição do FCC. Já na nova composição deste, havia sido indicado que a temática da neutralidade de rede seria revisitada, com o objetivo de flexibilizar as regras que implementaram a neutralidade de rede no país. Recentemente, em fevereiro de 2018, a FCC editou documento, denominado de *Restoring Internet Freedom*, determinando que, a partir de 23 de abril de 2018, as vedações a bloqueios, retardos intencionais e priorizações pagas, prevista no *2015 Open Internet Order*, seriam levantadas e substituídas por obrigações mais genéricas de transparência, praticamente acabando com a neutralidade de rede naquela experiência, portanto. Nesse sentido, constou no aludido documento: “In this document, the Federal Communications Commission (Commission) returns to the light-touch regulatory scheme that enabled the internet to develop and thrive for nearly two decades. The Commission restores the classification of broadband internet access service as a lightly-regulated information service and reinstates the private mobile service classification of mobile broadband internet access service. The Restoring Internet Freedom Order requires internet service providers (ISPs) to disclose information about their network management practices, performance characteristics, and commercial terms of service. Finding that transparency is sufficient to protect the openness of the internet and that conduct rules have greater costs than benefits, the Order eliminates the conduct rules imposed by the Title II Order”. FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *Restoring Internet Freedom*. final rule. 22 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.federalregister.gov/documents/2018/02/22/2018-03464/restoring-internet-freedom>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

⁷⁷⁰ Para uma visão mais ampla da internet, inclusive sobre seu histórico e sobre as tentativas de seu controle, não obstante origem visando à abertura e à descentralização, veja-se: WU, Tim; GOLDSMITH, Jack. *Who controls the Internet? Illusions of a Borderless World*. Nova York: Oxford University Press, 2006.

⁷⁷¹ Reconhecendo que a neutralidade de rede, apesar de relevante, não é suficiente para atingir a totalidade dos objetivos setoriais existentes, sendo necessárias outras políticas, veja-se: “Em toda indústria de tecnologia da informação, as transformações tecnológicas são constantes e necessárias para assegurar a evolução da internet, e princípios que hoje são tidos como imutáveis podem ser sucateados com o surgimento de novas tecnologias. Além disso, a neutralidade da rede isoladamente não pode resolver problemas de infraestrutura da rede e acesso à internet, e outras políticas públicas devem ser consideradas para que os problemas de conectividade e expansão da inovação no País possam ser superados”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 195.

⁷⁷² Destacando que as discussões envolvendo a neutralidade de rede seguem presentes ao final de 2017, inclusive apontando diferentes entendimentos nos países acerca da questão, veja-se: “Net neutrality will remain a central topic over coming years. As 2017 unwinds, the debate is headed in opposite directions across the world: In the US: One of the first and most liberal net neutrality regulatory models, the US is being shaken up with new

em um mesmo sentido, defendendo a necessidade de preservação da neutralidade, por exemplo, diferem acerca da forma como tal deva ser realizado, se através de regulação ou não⁷⁷³. Não há clareza nas discussões, de maneira que acaba não se fazendo indagações mais amplas, inclusive para investigar as finalidades buscadas no setor⁷⁷⁴.

Assim, iniciando pelo próprio conceito de neutralidade, observa-se que a expressão se popularizou, especialmente, a partir dos estudos promovidos por Tim Wu⁷⁷⁵. Na origem destes estudos, a neutralidade foi proposta a partir de uma visão da internet enquanto uma plataforma para outros serviços concorrerem livremente. A rede haveria, assim, de ser neutra, sem previamente prejudicar ou beneficiar algum concorrente, a fim de permitir que a concorrência ocorresse baseada, exclusivamente, em meritocracia⁷⁷⁶, possibilitando que as

regulation and legislation in sight. Dismantling Title II regulations of Internet services will allow service providers to tier-price Internet bandwidth. In the flux, Verizon has announced that wireless customers on unlimited data plans will experience reduced data speeds as it migrates users to tiered tariffs. In India: After banning price discrimination for Internet services, the Telecom Regulatory Authority of India (TRAI) has conducted a public consultation on net neutrality. This is based on recommendations made in a consultation paper by the High Level Committee constituted under the Department of Telecom, notably on proposed regulation of domestic calls on Internet-based apps like Skype, WhatsApp and Viber by placing them on a par with services covered by telecom operators. Based on the results of the public consultation, the Regulatory Authority may decide to revise its position and regulatory practice on net neutrality. In Europe: The Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) will adopt a common toolkit on how regulators are to monitor net neutrality (network congestion and quality of service). Regulators will adopt a national report in 2017 on implementation of net neutrality; this will then feed into the global report before the end of the year, giving an overall view of implementation by all ICT regulators. Approaches to net neutrality rules will continue to diverge. Many countries without regulations in place are likely to plough ahead and choose their model for pricing Internet services. Network optimization, traffic management, whatever it is called – net neutrality will be high on the regulatory agenda in 2017”. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Global ICT Regulatory Outlook 2017. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017. p. 156.

⁷⁷³ Destacando as divergências existentes mesmo entre os defensores da neutralidade de rede, veja-se: “Network neutrality has a variety of proponents, each touting network neutrality regulation as a necessity for the greatest good, but the stated goals and reasoning behind many proposals conflict with one another. Former FCC Chairman Michael Powell described his network neutrality principles as a means to avoid regulation. Others – including Lessig, Wu, and Senator Ron Wyden of Oregon, the leading proponent of network neutrality regulation in Congress – have stated that imposing regulation is their end goal. The goals of preventing and imposing regulation are incompatible”. SIDAK, J. Gregory. A consumer-welfare approach to network neutrality regulation of the internet. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 2, n. 3, set. 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=928582>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 411.

⁷⁷⁴ Apontando o debate existente sobre o acesso e a neutralidade de rede, bem como que acabaria não se parando para investigar o assunto de forma mais ampla e detida, veja-se: “The open access (commons) versus private control debate is really a battle over our environment – how it should be constituted, how it can be experienced, and how it will evolve. As the debate continues, it will become increasingly the subject of economic, political, and social conflict. Yet we barely understand the wide variety of interests at stake in these conflicts, and we rarely pause to seek a better understanding”. FRISCHMANN, Brett M. An economic theory of infrastructure and commons management. *Minnesota Law Review*, v. 89, abr. 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3078147>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 1022.

⁷⁷⁵ Para o entendimento de Tim Wu sobre a neutralidade, potencializando a discussão da temática, veja-se: WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 2, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=388863>>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 141-179.

⁷⁷⁶ Para uma descrição da neutralidade de rede como um meio para manter concorrência baseada em méritos na internet, veja-se: “A communications network like the Internet can be seen as a platform for a competition

melhores plataformas⁷⁷⁷ e os aplicativos e serviços mais aptos prevalecessem no setor. A neutralidade, destarte, foi inicialmente vislumbrada em um contexto, notadamente, de não discriminação. Posteriormente, a ideia de neutralidade desenvolveu-se e foi fortalecida em torno da manutenção da lógica da formação da internet, de suas características estruturais (*end-to-end*), de maneira que ninguém pudesse privilegiar ou desprivilegiar alguma comunicação em razão do conteúdo, sendo ampliados, assim, os objetivos inicialmente vislumbrados⁷⁷⁸. E, com diferentes objetivos vislumbrados, naturalmente, a própria definição da neutralidade também varia⁷⁷⁹, havendo entendimentos mais rígidos e, outros, propondo maior flexibilidade⁷⁸⁰.

among application developers. Email, the web, and streaming applications are in a battle for the attention and interest of end-users. It is therefore important that the platform be neutral to ensure the competition remains meritocratic". WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 2, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=388863>>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 146.

⁷⁷⁷ Destacando que o próprio conceito de plataforma mudou no setor, veja-se: "In the discourse of the digital industries, the term platform has already been loosened from its strict computational meaning. [...] It should come as no surprise then that the term would again gain traction around user generated content, streaming media, blogging, and social computing. There has been a proliferation of 'platforms' just in online video: the visible ones whose names are known to users, such as YouTube, Veoh, Revver, MTV's Flux, and Kaltura, and the invisible ones that are known only to commercial producers looking to stream their content, such as Brightcove, Castfire, Real Media's 'Helix Media Delivery Platform,' and Comcast's thePlatform service. [...] Platforms are platforms not necessarily because they allow code to be written or run, but because they afford an opportunity to communicate, interact, or sell. [...] This fits neatly with the long-standing rhetoric about the democratizing potential of the Internet, and with the more recent enthusiasm for user-generated content (UGC), amateur expertise, popular creativity, peer-level social networking, and robust online commentary (Benkler, 2006; Bruns, 2008; Burgess, 2007; Jenkins, 2006)". GILLESPIE, Tarleton L. The Politics of 'Platforms'. *New Media & Society*, v. 12, n. 3, maio 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1601487>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 353.

⁷⁷⁸ Destacando os diferentes objetivos que podem ser apontados para a neutralidade de rede, inclusive com diferenciação para redes físicas e sem fio, veja-se: "In the wireline context, net neutrality regulation primarily seeks to prevent a high-speed Internet service provider, such as a cable modem provider or a DSL provider, from charging a fee for enhanced quality of service to content providers. By contrast, requests for 'wireless net neutrality' regulation primarily seek to prevent a wireless operator from imposing certain limitations on equipment manufacturers and application providers. They also seek to prevent wireless operators from imposing usage limits on end-users. Net neutrality regulation is important from a policy perspective because it is likely to have a significant effect on the development and use of future wireline and wireless broadband networks. In particular, broadband operators face capacity problems as the demand for bandwidth-intensive applications, such as streaming videos and online games, accelerates. Network operators have limited options for addressing this demand, including rationing existing capacity in the short term, and building more capacity and more intelligent networks over the long term. If network neutrality regulations are implemented, it could have a dramatic effect on the future of the Internet, which may help to explain why the issue has received a great deal of attention from scholars and the broader policy community". HAHN, Robert W.; LITAN, Robert E.; SINGER, Hal J. The economics of wireless net neutrality. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 3, n. 3, set. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1159267>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 340.

⁷⁷⁹ Destacando a inexistência de conceito e de objetivos claros à neutralidade, bem como que a temática é pautada por *trade off* a ser analisado e decidido, veja-se: "A neutralidade da rede, enquanto expressão que designa um princípio de arquitetura, não descreve suficientemente os seus objetivos: a rede não é neutra, é cheia de valores e objetivos. As escolhas do regulador e dos que desenvolvem a arquitetura da rede moldam a disciplina do uso da internet, as motivações e os objetivos de seus atores e a riqueza que será gerada a partir da rede, e são cheias de valores axiológicos e objetivos teleológicos cuja discussão não é, nem nunca será, conclusiva; a neutralidade da rede enquanto conceito absoluto não é factível e, mesmo na esfera teórica, viola os

Tais divergências, em verdade, acompanham, também, a própria evolução da internet e do papel reconhecido ao direito. Com efeito, no seu desenvolvimento original, cogitava-se que a internet poderia ser um espaço de não direito, pautado, basicamente, por ampla liberdade, sem limites e travas. Entretanto, a evolução da internet evidenciou uma realidade distinta, ao ponto de alguns autores fazerem referência a uma “nova internet”⁷⁸¹. A internet aberta, que se cogita, está distante. Não só em países como China e outras experiências que expressamente limitam e restringem o funcionamento e o acesso à internet⁷⁸², mas, de uma forma geral, também nos demais países, pelos conflitos que podem ser gerados com interesses nacionais e pelas esperadas reações e pressões estatais que surgem e moldam a internet⁷⁸³.

próprios valores que advoga a favor. Há, no âmago do princípio da neutralidade da rede, um trade-off entre experimentação tecnológica e segurança jurídica, e não há como ter o melhor dos dois quando o objetivo é a regulação do princípio”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 195.

⁷⁸⁰ Sobre as diferentes definições da neutralidade, inclusive destacando visões mais flexíveis, veja-se: “De fato, a expressão neutralidade de rede pode ser utilizada para se referir à não interferência no conteúdo trafegado pela rede, à proteção da liberdade dos agentes que participam da Internet (usuários finais, provedores de conteúdo etc.) ou, em uma acepção mais estrita, à política de gestão do tráfego. Mesmo neste último caso (gestão de tráfego), a neutralidade de rede pode ser interpretada de diferentes formas. Segundo uma visão mais ‘radical’, os proprietários das redes de telecomunicações que suportam o tráfego de Internet não poderiam adotar uma política de gestão de tráfego que implicasse cobrar dos provedores de conteúdo e de aplicativos de acordo com o volume de tráfego de seus dados, tampouco realizar qualquer tipo de discriminação de preços ou de qualidade entre estes provedores. Segundo uma visão mais flexível, a neutralidade de rede implicaria uma política de gestão de tráfego na qual fossem proibidas apenas políticas de discriminação de preços que não gerem eficiências econômicas. Esta definição mais flexível busca garantir o uso plural da infraestrutura, com garantia da liberdade de expressão, do fluxo de ideias e da justa competição nos níveis de aplicativos e conteúdo, mas sem impedir que os proprietários de infraestrutura experimentem modelos de negócios inovadores, que assegurem a otimização do uso da rede e os investimentos necessários para sua expansão e desenvolvimento”. FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 24, n. 1, 2013. p. 234.

⁷⁸¹ Apontando a ideia que prevalecia na origem da internet e a evolução para uma “nova internet”, veja-se: “Cronologicamente, a Internet nasceu em meados dos anos 90 e despertou a hipótese de uma nova realidade baseada na liberdade dos indivíduos e de suas comunidades virtuais, que escapariam das barreiras geográficas. Por certo tempo, acreditou-se que a Internet sugeriria um espaço de não direito. Esse fenômeno foi superado, e hoje a sociedade mundial clama por regulação do espaço virtual. Assim, Jack Goldsmith e Tim Wu definem que estamos diante do nascimento de uma nova Internet, com barreiras delineadas e onde as leis territoriais, o poder do Estado e as relações internacionais importam tanto quanto a invenção tecnológica. A experiência da Internet nos últimos anos demonstrou que técnicas de tecnologia da informação e pressões governamentais exercem fundamental importância no controle do espaço”. MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. *Revista dos Tribunais*, v. 974, dez. 2016. p. 84.

⁷⁸² Para uma visão crítica das restrições ao acesso à internet, notadamente na realidade chinesa, veja-se: WANG, Tom. *Human Right and Internet Access: a philosophical investigation*. Tese (Doutorado em Direito). Utrecht University, Utrecht, 2016.

⁷⁸³ Destacando que a internet completamente aberta não é uma realidade e que é natural e esperado que existam pressões e restrições impostas pelos Estados, na invocada defesa de seus interesses nacionais, que acabam moldando a internet, veja-se: “Daí porque a tese de Jack Goldsmith e Tim Wu está correta: a Internet se transforma de acordo com a realidade de seus usuários. Quando esta realidade se choca com interesses nacionais, o poder Estatal pressiona as barreiras digitais e as transforma de acordo com os seus interesses. Portanto, a Internet aberta, que muitos acreditam existir, está distante da realidade. As pressões políticas e comerciais moldam a Internet que temos, o que é esperado em uma sociedade globalizada”. MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. *Revista dos Tribunais*, v. 974, dez. 2016. p. 86.

Esta “nova internet” seria, assim, uma internet com fronteiras⁷⁸⁴. Nesse contexto, fica claro que a temática da neutralidade é ainda mais relevante.

Na esteira do que já foi realizado anteriormente, ao abordar o conceito proposto da rede virtual e a sua aplicação na definição das competências entre as autoridades, não se pretende, neste capítulo, adentrar em cada legislação e em cada ordenamento jurídico nacional ou regional, a fim de realizar uma análise crítica acerca de sua adequação ou dos eventuais pontos de ajustes e aprimoramentos. Como vem sendo destacado ao longo deste trabalho, não existe, na temática, um modelo único e global, sendo indispensável considerar as características e as peculiaridades de cada país e bloco, inclusive no que se refere aos respectivos níveis de desenvolvimento e de concorrência, também no setor. E o mesmo vale, agora, para o tratamento da questão da neutralidade de rede, em que a adequação da eventual disciplina existente há de ser considerada caso a caso⁷⁸⁵.

O que se pretende, portanto, é verificar, de forma mais ampla, como a aceitação da proposta de rede virtual como finalidade maior da disciplina do setor pode contribuir para uma solução mais adequada da questão da neutralidade de rede em cada país ou bloco. A forma como cada Estado incorporará tal solução em seu ordenamento jurídico, caso seja necessário ajuste legislativo, adaptação principiológica ou mera aplicação de marco já existente, há de ser considerado caso a caso. Tal não retira a importância, porém, da análise desta compatibilidade da questão com o entendimento acerca da rede virtual; tratando-se de ponto extremamente polêmico e discutido, uma perspectiva adicional, devidamente fundamentada a partir do objetivo maior no setor, colabora para uma solução mais adequada e há de ser bem recebida.

⁷⁸⁴ Para uma investigação sobre o desenvolvimento da internet, incluindo as tentativas de seu controle em diversas oportunidades, concluindo por uma realidade em que as fronteiras territoriais acabam tendo relevância, pela pressão e pelo controle exercidos localmente, veja-se: WU, Tim; GOLDSMITH, Jack. *Who controls the Internet? Illusions of a Borderless World*. Nova York: Oxford University Press, 2006.

⁷⁸⁵ Apontando para a inexistência de um modelo único de tratamento jurídico da questão da neutralidade de rede, veja-se: “Further, in considering policy recommendations, one must fully understand some of the peculiarities of the Internet business, which include the characteristic of sharing some portions of the network, the motivations of a monopolistic network operator in a two-sided market, public good-like features of communication quality, and the lack of a clearing house mechanism between ISPs. One of the main findings of this analysis is that there exists no ‘one size fits all’ solution when dealing with the short-term economic issue. For example, in some cases, an SMP-type regulation should be introduced accompanied by a certain allowance of network management”. JITSUZUMI, Toshiya. Efficiency and sustainability of network neutrality proposals. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 268.

No contexto atual das redes, tem-se que a neutralidade não mais necessariamente está vinculada àquela origem de competição darwinista⁷⁸⁶ preconizada por Tim Wu, tornando mais complexa a sua análise e o seu enfrentamento⁷⁸⁷. Contudo, já houve discussões semelhantes no passado, como ocorrido à época da multiplicação do telégrafo, com o surgimento das proposições de sua regulação⁷⁸⁸. Naturalmente, as questões envolvendo a neutralidade na realidade atual da internet são muito mais complexas. No entanto, os posicionamentos e as investigações sobre o *trade off* envolvido na regulação da questão não são, em absoluto, inéditos⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ Sobre competição darwinista como fundamento da neutralidade de rede, tal qual preconizado por Tim WU em seu artigo mais notório sobre a neutralidade: “Government regulation in such contexts invariably tries to help ensure that the short-term interests of the owner do not prevent the best products or applications becoming available to end-users. The same interest animates the promotion of network neutrality: preserving a Darwinian competition among every conceivable use of the Internet so that the only the best survive”. WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 2, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=388863>>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 142.

⁷⁸⁷ Destacando que a dificuldade do conceito da neutralidade – e, por consequência, da respectiva solução mais adequada – também decorre da necessidade de definição daqueles que serão abrangidos pela neutralidade, veja-se: “I believe there are several reasons to question the fit between open-access remedies and network neutrality. First, the concept of network neutrality is not as simple as some IP partisans have suggested. Neutrality, as a concept, is finicky, and depends entirely on what set of subjects you choose to be neutral among. A policy that appears neutral in a certain time period, like ‘all men may vote’, may lose its neutrality in a later time period, when the range of subjects is enlarged”. WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 2, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=388863>>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 149.

⁷⁸⁸ Destacando que o debate sobre a neutralidade de rede mantido atualmente com relação à internet guarda semelhanças com o debate sobre neutralidade mantido no século 19 em relação ao uso do telégrafo, veja-se: “While no specific regime governed the internet, in the 1980s and 1990s, new ‘internet service providers’ took advantage of quarantines placed on the Bells to offer dial-up internet services independent of the Bell system. In the early 2000s, as cable and DSL broadband providers replaced dialup ISPs, the issue of Bell and cable control over the vertical internet markets again arose. In the mid-2000s, the center of the network neutrality debate is a debate over the merits or problems with discriminatory carriage -- favoring some content or applications over others. Ironically, today’s debates over network neutrality and discriminatory carriage echo the same concerns that first prompted calls to regulate telegraph companies in the 19th century”. WU, Tim. A Brief History of American Telecommunications Regulation. *Oxford Encyclopedia of Legal History*, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=965860>>. Acesso em: 12 out. 2017. p. 02.

⁷⁸⁹ Destacando que a discussão envolvendo a neutralidade de rede, ao final, acaba sendo acerca do *trade off* a ser decidido, ao se realizar escolhas no setor: “The network neutrality debate is not really about neutrality per se; nor is it about innovation alone. The debate must broaden its focus from the merits of sustaining an innovation commons to the merits of sustaining an infrastructure commons that is, of sustaining open, public access to infrastructure. The debate ought to be about optimizing the Internet for society as a whole and it ought to take into account the full range of interests at stake. This type of optimization problem raises the familiar issues and choices seen in other debates over open access or restricted access. What type of infrastructure do we as a society desire? Do we prefer an Internet infrastructure managed in an openly accessible manner? Or, do we prefer an Internet infrastructure managed to maximize the profits of property owners? There are benefits and costs to both types of management regimes that need to be carefully evaluated and balanced. Presented with this difficult (but properly framed) optimization problem, the standard economic solution of (1) allowing the management of the infrastructure resources to shift to a market-driven, pricing-based system to meter traffic and facilitate recovery of returns on infrastructure investments, and (2) relying on the government to directly subsidize the producers of worthwhile public and nonmarket goods seems much less attractive”. FRISCHMANN, Brett M. An economic theory of infrastructure and commons management. *Minnesota Law Review*, v. 89, abr. 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3078147>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 917-1020.

A questão mais latente é que a neutralidade pode ser vista e considerada por diferentes perspectivas⁷⁹⁰, não se resumindo apenas à uma questão econômica ou à uma simples escolha política⁷⁹¹, portanto. Assim, é necessário considerar que qualquer enfrentamento da questão, logicamente, ocasionará efeitos sobre consumidores⁷⁹² e sobre os preços praticados⁷⁹³. É

⁷⁹⁰ Destacando que a neutralidade pode ser vista sob diferentes dimensões, com distintas concepções possíveis, veja-se: “The most important factor that has ‘tangled up’ discussions on the current topic is the lack of a standardized definition for ‘network neutrality’. The FTC (2007) mentioned this problem, saying that ‘The terms net neutrality and network neutrality have been used to identify various policy concerns and prescriptions raised by diverse parties to the larger social discussion of broadband Internet connectivity’. According to Professor Eli Noam at Columbia University, there exist at least 10 meanings for this term, and Cherry (2007) summarizes various views for and against net neutrality that have actually been manifested thus far in policy-making. Examining the related arguments that have been developed thus far, there are at least six dimensions, each of which represents certain dichotomous views relating to ‘network neutrality’; however, some of them are not strictly orthogonal with each other”. JITSUZUMI, Toshiya. Efficiency and sustainability of network neutrality proposals. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 263.

⁷⁹¹ Destacando que a questão da neutralidade pode ser vista sobre diferentes perspectivas, não se limitando a um aspecto meramente econômico, veja-se: “Some discuss this issue from the viewpoint of optimal resource allocation or maximizing economic efficiency; others underscore the non-economic value of this ‘neutrality’. For example, network users stress the value of the Internet as a medium and relate it with freedom of speech or democracy, while network operators emphasize the efficient use of network. However, it is important to remember that these two aspects are not mutually exclusive. Rather the non-economic aspect works as an important factor modifying the naive outcome generated by a pure economic consideration. In fact, the fundamental difference between network users and operators lies in how they perceive these two aspects”. JITSUZUMI, Toshiya. Efficiency and sustainability of network neutrality proposals. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 254-255.

⁷⁹² Sobre o *trade off* envolvido na neutralidade e para uma proposta dos possíveis efeitos sobre o bem-estar dos consumidores, veja-se: “The absence of meaningful competition in providing broadband access to consumers in many areas of the United States makes the broadband service provider a de facto monopolist, and therefore the sole gatekeeper in determining (a) the content that gets across to the end users and (b) in what fashion. Therefore, the debate about net neutrality assumes tremendous importance to a policymaker. This research aims to answer two issues therein in a stylized framework. We find that if the principle of net neutrality is abolished, the ISP definitely stands to gain from the arrangement, as a result of extracting the preferential delivery charge from the content providers. The content providers are thus left worse off, mirroring the stances of the two sides in the debate. Depending on the parameter values in our framework, consumer surplus either does not change or is higher in the short-run, and in the latter case, while a majority of consumers are better off, a minority is left worse off with larger wait times to access their preferred content”. CHENG, Hsing Kenneth; BANDYOPADHYAY, Subhajyoti; GUO, Hong. The debate on net neutrality: a policy perspective. *Information Systems Research*, v. 22, n. 1, jun. 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=959944>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 70.

⁷⁹³ Destacando os impactos que a questão da neutralidade pode ter sobre os preços cobrados dos consumidores, veja-se: “Another advantage of pricing freedom is that it can lead to a more economically efficient allocation of the existing Internet resource base. For example, some people may be willing to pay for high-speed access only when they need it, say, for streaming a movie. Other consumers may want the ability to use large amounts of bandwidth on an ongoing basis. Firms should be allowed to price these services as they wish and consumers should be allowed to purchase plans that best meet their needs. There is not one right way to charge different customers in these high-speed markets. That is precisely why broadband providers should be allowed to charge market prices, unless there is a clear showing of threatened impairment of competition and consequent injury to consumers”. BAUMOL, William J. (et al.). Economists’ statement on network neutrality policy. *AEI-Brookings Joint Center Working Paper*, n. 07-08, mar. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=976889>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 3. Em sentido semelhante, apontando que a neutralidade pode impactar na necessidade de aquisição de produtos e de serviços que não seriam desejados pelos consumidores, veja-se: SINGER, Hal J.; LITAN, Robert E. Unintended consequences of net neutrality regulation. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, mar. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=942043>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 30.

preciso considerar, igualmente, que o posicionamento que vier a ser adotado também repercutirá nos incentivos percebidos no mercado para o desenvolvimento de redes próprias ou para a utilização de redes preexistentes de terceiros⁷⁹⁴, bem como nesta aparente tensão entre detentores de infraestrutura do setor e provedores de conteúdo⁷⁹⁵. Em sentido semelhante, a depender do modelo de neutralidade adotado, pode-se incentivar mais ou menos o desenvolvimento de tecnologias focadas em reduzir o consumo de banda na prestação de serviços através da internet⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴ Destacando que, em perspectiva contendo obrigação de neutralidade, haveria maiores incentivos a se investir na ampliação da rede, veja-se: “The incentive for the broadband service provider to expand under net neutrality is mostly higher than the incentive to expand when the principle of net neutrality is abolished. The exception to this outcome occurs when the ISP’s [Internet service provider] profit accrues mostly from the consumers and only one content provider has the incentive to pay the priority delivery fees. [...] A final finding that should be of interest to policymakers is that under net neutrality, the ISP invests in broadband infrastructure to reach the socially optimal level, but when there is no net neutrality, the ISP either under or over-invests in infrastructure [...] A major reason for the ISP to invest less under NNN than under NN is that capacity expansion reduces the attractiveness of priority delivery of packets for content providers”. CHENG, Hsing Kenneth; BANDYOPADHYAY, Subhajyoti; GUO, Hong. The debate on net neutrality: a policy perspective. *Information Systems Research*, v. 22, n. 1, jun. 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=959944>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 71.

⁷⁹⁵ Entendendo que, nesta tensão entre detentores de redes e provedores, seria interessante não se beneficiar as operadoras de telecomunicações, veja-se: “The basic conclusion is that for pervasive infrastructure services that are crucial for the functioning of society, rules about allowable degrees of discrimination have traditionally applied, and are likely to be demanded for the Internet in the future. Those rules have often been set by governments, and are likely to be set by them in the future as well. For telecommunications, given current trends in demand and in rate and sources of innovation, it appears to be better for society not to tilt towards the operators, and instead to stimulate innovation on the network by others by enforcing net neutrality. But this would likely open the way for other players, such as Google, that emerge from that open and competitive arena as big winners, to become choke points. So it would be wise to prepare to monitor what happens, and be ready to intervene by imposing neutrality rules on them when necessary”. ODLYZKO, Andrew. Network neutrality, search neutrality, and the never-ending conflict between efficiency and fairness in markets. *Review of Network Economics*, v. 8, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1095350>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 56. Entendendo em sentido contrário, de que haveria de se preservar incentivo ao investimento no desenvolvimento de redes, para o que a adoção de um regime rígido de neutralidade prejudicaria às empresas detentoras das redes, veja-se: “Como já comentado, a não adoção de um conceito de neutralidade de rede mais flexível – com a possibilidade de políticas de discriminação de preços e/ou de qualidade razoáveis – desestimula investimentos na rede que suporta o tráfego de Internet, impedindo sua expansão de forma eficiente. [...] Com isto, o risco de colapso e/ou de congestionamento torna-se crescente. A percepção crescente da necessidade de preservar incentivos para expansão das redes é que fomenta o debate de que se deve permitir que os proprietários de infraestrutura experimentem modelos de negócios inovadores, capazes de otimizar o uso da rede e viabilizar os investimentos necessários à sua expansão e desenvolvimento”. FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 24, n. 1, 2013. p. 237.

⁷⁹⁶ Destacando o impacto que o modelo de neutralidade adotado pode ter para o desenvolvimento de tecnologias voltadas para a redução do consumo de banda, veja-se: “Como já comentado, haveria um trade-off entre incentivos para investimento em rede e incentivos para investimento por parte dos provedores de conteúdo. [...] Além do mais, com a neutralidade na visão mais radical, os provedores de conteúdo e de aplicativos não teriam incentivos para desenvolver tecnologias poupadoras de banda. Com a adequação do conceito de neutralidade de rede, estas tecnologias teriam forte incentivo para serem desenvolvidas (Ramos, 2006). O que fica claro, portanto, é que deve ser buscado um equilíbrio nos incentivos para investir por parte dos vários atores envolvidos, sendo fundamental assegurar a equação econômica que viabilize a continuidade de expansão de rede e os investimentos em aplicativos e conteúdos”. FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 24, n. 1, 2013. p. 247.

Adicionalmente, está sempre presente a discussão envolvendo alegações de que se trataria de um recurso escasso⁷⁹⁷, havendo congestionamentos⁷⁹⁸, pelo menos temporários. Ademais, o risco de congestionamento não é uniforme ao longo de toda a rede. Tratando-se de rede complexa, com diferentes estruturas e pontos de conexão, tal risco pode acabar estando concentrado apenas em algum trecho específico da rede, como na *last mile* ou no *backbone*⁷⁹⁹, por exemplo, bem como pode impactar somente determinado aspecto da qualidade do serviço, como o consumo da banda ou a latência⁸⁰⁰, dependendo das respectivas características da infraestrutura e do consumo existentes.

Igualmente, como não poderia ser diferente, apresentam-se, também, as questões envolvendo a concorrência e os aspectos econômicos relacionados à neutralidade. Nesse sentido, há autores que sustentam que, sob o ponto de vista exclusivamente da teoria econômica, na ausência de comprovadas falhas de mercado, não haveria embasamento para a

⁷⁹⁷ Destacando a importância das considerações envolvendo a escassez de banda para fins de definição da disciplina da neutralidade de rede, veja-se: “Portanto, considerando a Internet como uma estrutura escassa, o uso intenso por uma parcela dos seus usuários poderá prejudicar a conexão dos demais. Em razão disso, poderá ocorrer práticas como o traffic shaping que visa a discriminar os pacotes e priorizar um tipo uso da banda de Internet em detrimento de outra ou priorizar uma determinada aplicação em face de outra”. MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. *Revista dos Tribunais*, v. 974, dez. 2016. p. 96.

⁷⁹⁸ Também destacando riscos de escassez e de congestionamento na rede, veja-se: “When a capacity of a shared portion of the network cannot meet the demand, it results in congestion and hence yields negative externality. In this case, the market mechanism is unable to produce a socially optimal resource allocation. In order to improve the situation, some policy intervention can be justified from the viewpoint of social welfare maximization, provided the social benefit exceeds the cost”. JITSUZUMI, Toshiya. Efficiency and sustainability of network neutrality proposals. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 256. Especificamente tratando das tecnologias sem fio, veja-se: “In the rare exceptions in which a wireless operator allows a single bandwidth-intensive application, the restrictions are likely motivated by a concern for spectrum management. Forcing a wireless operator to accept bandwidth-intensive applications would be akin to forcing a DSL operator to accept streaming video signals in high definition from multiple sources. There is simply insufficient capacity to allow such freedom”. HAHN, Robert W.; LITAN, Robert E.; SINGER, Hal J. The economics of wireless net neutrality. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 3, n. 3, set. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1159267>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 445.

⁷⁹⁹ Argumentando que, a depender da realidade do respectivo país, o risco de congestionamento pode estar localizado em diferentes trechos da rede, veja-se: “Thus, theoretically speaking, this can be a problem for the backbone network of the Internet and for the access network of cable and mobile services; it is not a problem for Telco’s’ access segments where certain capacities are exclusively reserved for individual users. In the U.S., since the backbone segment of the Internet is relatively abundant in capacity compared to its access segment – due partially to the ‘dot-com bubble’ of 2010 – the locus of this problem seems currently limited within the cable’s access portion. On the other hand, in Japan – where the access segment has a much higher capacity than that in the U.S., thanks to the higher penetration of fiber to the home (FTTH) delivery – a congestion itself and related problems may be observed in the backbone segment”. JITSUZUMI, Toshiya. Efficiency and sustainability of network neutrality proposals. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 255.

⁸⁰⁰ Para uma análise interrelacionando o consumo de banda e a latência, veja-se: RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 108.

imposição de obrigações *ex ante* de neutralidade de rede, sendo necessária a atuação apenas *ex post* em sede de controle de condutas⁸⁰¹. Ou, ainda, que qualquer intervenção prévia na temática dependeria de uma até o momento referida como inexistente comprovação econômica de que tal proporcionaria mais benefícios do que prejuízos, em comparação a um cenário desregulado⁸⁰². Argumenta-se, também, que a neutralidade de rede poderia conduzir a uma competição mais pautada puramente em preços, não possibilitando maior diferenciação de produtos, o que beneficiaria, em última instância, os agentes econômicos com maior poder de mercado⁸⁰³. Tais entendimentos, porém, não são unânimes, havendo autores que sustentam

⁸⁰¹ Sintetizando uma série de estudos econômicos sobre a neutralidade e entendendo que não haveria justificativa econômica para a imposição de obrigações de neutralidade de rede, veja-se: “This review of the economic literature on net neutrality has necessarily been selective and brief, although I do believe representative of the various sides of the debate. The conclusion of this review is clear: the economic evidence does not support prophylactic net neutrality regulation. In the absence of significant evidence of ‘bad behavior’ by broad-band ISPs over the past decade, the extensive literature is unable to support such regulation. Even articles specifically arguing for net neutrality regulation cannot make an unambiguous case for regulation, as this review demonstrates. I again rely on Owen (2010, *supra*) to state it best: Thus, it is reasonable to conclude that prophylactic regulation is not necessary, and may well reduce welfare. Sound policy is to wait for *ex post* evidence of harm to justify interventions in specific cases”. FAULHABER, Gerald R. Economics of net neutrality: a review. *Communications & Convergence Review*, v. 3, n. 1, jun. 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1894286>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 411. p. 59. Em sentido semelhante: CAVE, Martin (et al.). *Net neutrality regulation: the economic evidence*. abr. 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1587058>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

⁸⁰² Sustentando que não haveria comprovação de que a imposição de neutralidade traria mais benefícios do que prejuízos, veja-se: “Proponents of regulation should also demonstrate that the proposed intervention will improve efficiency relative to the status quo. The efficiency criterion considers the welfare of consumers and producers in both a static and dynamic sense. Wu does not provide any quantitative evidence that his proposed remedies are likely to be more efficient than the status quo. Instead, he simply asserts that the conduct in question ‘may be harmful for consumers and society.’ Skype similarly asserts without empirical proof that ‘consumers are worse off as competition ... is diminished’. The problem with this argument is that, even if it were true, it is not clear that a change in conduct would represent a net improvement for consumers and producers. Given the lack of evidence of any significant market failure, and given the rapid change in wireless technology, we think that the efficiency associated with the status quo cannot be easily improved upon”. HAHN, Robert W.; LITAN, Robert E.; SINGER, Hal J. The economics of wireless net neutrality. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 3, n. 3, set. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1159267>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 412.

⁸⁰³ Apontando que a neutralidade poderia dificultar a diferenciação de produtos e incentivar uma competição baseada em preços, com as consequências que daí derivam, veja-se: “Monopolistic competition illustrates how product differentiation can permit multiple producers to survive and can prevent a market from collapsing into a natural monopoly despite the presence of unexhausted economies of scale. Restricting producers to competing solely on price naturally gives the largest players a decisive advantage. Permitting producers to compete along dimensions other than price enables smaller players to survive despite having lower sales volumes and higher unit costs (and thus charging higher prices) by tailoring their products for subsegments of the market that place a particularly high value on different product attributes. The greater value that is created by product differentiation allows specialized providers to generate sufficient revenue to cover their up-front costs even though their volumes are significantly smaller than that of the leading players. Conversely, preventing product differentiation could cause the market to devolve into a natural monopoly. Some commentators initially noted that the fact that monopolistic competition reached equilibrium on the declining portion of the average cost curve necessarily entailed the presence of unexploited economies of scale. Later scholars showed that any inefficiencies in the price-quantity space resulting from the missed opportunity for lower production costs was offset in whole or in part by welfare gains from product diversity. Monopolistically competitive equilibria can thus represent constrained optima, with the welfare characteristics depending on which of these two offsetting considerations dominates (Bishop, 1967; Spence, 1976; Dixit and Stiglitz, 1977)”. YOO, Christopher. Avoiding the pitfalls of

que, mesmo sob uma perspectiva econômica, haveria justificativas para a imposição de obrigações de neutralidade, especialmente considerando a existência de falhas de mercado e de incentivos à prática de condutas anticompetitivas (com casos concretos de tais condutas)⁸⁰⁴.

Outrossim, até em conformidade com o que foi preconizado na presente tese, não podem ser ignoradas as perspectivas relacionadas à existência de objetivos outros – e mais abertos do que a mera perspectiva econômica – para o setor, como um todo, e para a temática da neutralidade de rede, mais especificamente. Mesmo havendo autores que sustentem que a adoção da neutralidade, com a aceitação de regras baseadas em não discriminação, não aprimoraria a equidade no setor⁸⁰⁵, na esteira do que foi demonstrado neste trabalho, há

net uniformity: zero rating and nondiscrimination. *Review of Industrial Organization*, v. 50, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3081158>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 519.

⁸⁰⁴ Destacando a existência de casos concretos e de incentivos à prática de condutas anticompetitivas relacionadas à neutralidade, veja-se: “Essas evidências são apenas exemplos de diversos casos que têm sido noticiados pela imprensa. [...] A discriminação por bloqueio de conteúdos é algo que costuma ocorrer em países com rigoroso controle censório na internet, por iniciativa dos próprios governos ou dos provedores de acesso (que em geral são direta ou indiretamente controlados pelo Estado). A discriminação por velocidade ocorre quando determinado aplicativo específico não é carregado na mesma velocidade dos demais, o que pode se dar por diversas razões: para diminuir a qualidade de um serviço concorrente aos serviços de telefonia tradicional (e.g., VoIP e serviços de mensagem de texto OTT), para favorecer o acesso dos usuários a determinado serviço parceiro, para reduzir o consumo de banda em aplicações pesadas, como vídeo streaming, ou mesmo impedir o acesso a serviços que podem violar direitos de propriedade intelectual de empresas parceiras de provedores de acesso, como protocolos Bittorrent. [...] Finalmente, os provedores de acesso podem discriminar por preço, cobrando diferentes tarifas por serviço ou aplicação, podendo também essa diferenciação acontecer de maneira negativa – quando essa diferenciação vier a partir da cobrança de uma taxa a mais para acesso a determinados conteúdos, como ocorre na TV a cabo; ou positiva, isto é, quando provedores de acesso oferecem incentivos de preço para acessar uma aplicação específica, como gratuidade no acesso a alguns aplicativos escolhidos pelo provedor de acesso”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 29. Também destacando possíveis condutas anticompetitivas na temática, que não seriam adequadamente endereçadas de forma *ex post* pelo direito da concorrência, veja-se: “Antitrust enforcement should be an effective deterrent— perhaps more effective than net neutrality regulation – with respect to exclusion of edge providers, except for (1) exclusion that is not likely to create market power for favored edge providers, (2) exclusion that is necessary to obtain substantial efficiencies, and (3) exclusion that takes the form of a unilateral refusal to help. Antitrust enforcement would also not prevent harm to edge providers resulting from (4) profit-maximizing extraction-based discrimination and (5) non-economic discrimination. Net neutrality regulation would prohibit discrimination, and thus the resulting exclusion, in all of these situations; but it would also prevent the realization of the various kinds of efficiency benefits, summarized above, that could result from discrimination among edge providers”. MELAMED, A. Douglas; CHANG, Andrew. What thinking about antitrust law can tell us about net neutrality. *Colorado Technology Law Journal*, v. 15, n. 1, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3078147>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 115.

⁸⁰⁵ Questionando a consecução de equidade com a adoção de regras pautadas pela neutralidade de rede, veja-se: “Nesse contexto, é cediço na teoria de mercado de duas pontas que o player em melhores condições de internalizar todas estas externalidades é o dono da plataforma, ou seja, o proprietário de rede. Adequar o conceito de neutralidade de modo a permitir que este mediador incremente o seu espaço decisório de preços e qualidade do serviço amplia o espaço para a maior realização dessas externalidades e, portanto, dos resultados do negócio para todos os lados do mercado. Em síntese, é enganoso afirmar que a neutralidade de rede na visão mais estrita seja pró-equidade”. FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 24, n. 1, 2013. p. 248.

objetivos outros a pautar a disciplina das telecomunicações, que não se confundem com a consecução de concorrência nos mercados. Assim, já foi defendido que a imposição de obrigações relacionadas à neutralidade auxiliaria na busca de tais objetivos⁸⁰⁶.

Os aspectos acima destacados são apenas algumas das perspectivas pelas quais a temática da neutralidade pode ser analisada. Sendo impossível atribuir um conceito absoluto à neutralidade, diante das diferentes perspectivas e da necessidade de apreciação do *trade off* sempre envolvido, não surpreende que possam variar as possíveis concepções da neutralidade a ser adotada por cada país, oscilando entre visões rígidas, flexíveis e intermediárias⁸⁰⁷, igualmente variando no que se refere à necessidade de regulação *ex ante* ou à possibilidade de tratamento exclusivamente *ex post*. Mesmo sendo reconhecida a necessidade de regulação *ex ante* da neutralidade, ainda assim podem ser cogitados distintos modelos de (i) neutralidade

⁸⁰⁶ Destacando diversos autores que preconizam a necessidade de neutralidade no setor, até mesmo considerando os diferentes objetivos existentes nas telecomunicações, veja-se: “Para esses autores, a neutralidade da rede serve para uma série de objetivos diferentes. Em primeiro lugar, a neutralidade da rede busca preservar um modelo de arquitetura aberta, genérica e que possa ‘servir aos valores econômicos e não econômicos da sociedade’ (Van Schewick, 2010, p. 10). Nesse sentido, argumenta-se que o objetivo da neutralidade da rede deve ser privilegiar e induzir a inovação na camada de conteúdo da rede (Wu, 2003; Lessig, 2001; Van Schewick, 2007). [...] Assim, esses trabalhos partem da premissa de que incentivar o setor de aplicações é mais crítico para o interesse público do que o setor de provisão de acesso à internet (Schewick, 2010a). Segundo, para esse grupo, a neutralidade da rede preserva a habilidade de escolha dos usuários, sendo esta aptidão vital para a expansão das capacidades individuais dos usuários (Frischmann, 2012; Benkler, 2001 e 2006). Essa visão da autonomia e liberdade dos usuários relaciona-se diretamente com as próprias naturezas de arquitetura e funcionamento da rede: a heterogeneidade de agentes de comunicação possibilitada por sua arquitetura, em contraponto ao modelo unidirecional e controlador prevacente nos meios de comunicação tradicionais, pauta-se essencialmente pela capacidade de intervenção dos seus usuários e pelas possibilidades de interação destes com os serviços e aplicações disponibilizados, provocando o surgimento de novos símbolos de riqueza desmaterializados, baseados em atividades, conhecimentos, direitos e ideias. [...] Finalmente, essa corrente também identifica na neutralidade da rede como um instrumento para exercício de liberdades políticas e aperfeiçoamento de discursos democráticos”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 34.

⁸⁰⁷ Sobre os possíveis modelos a serem adotados para a neutralidade, desde mais rígidos, até mais flexíveis, com os impactos que deles derivam, veja-se: “Uma visão radical da neutralidade de rede, pelo que se apreende, não permitiria qualquer espécie de discriminação ou de cobrança alternativa, mesmo no lado dos provedores de conteúdo. Há assim uma validação da forma de funcionamento original da rede. Embora muito exitoso até agora, tal arranjo proporciona distorções, como a economia da rede tem evidenciado. Os casos de congestionamento e discussão atual sobre a franquia de uso na internet banda fixa são reflexos dessas dificuldades e uma tentativa de solução. Em outro extremo, seriam permitidos inúmeros arranjos de cobrança, não só para os provedores de conteúdo, mas também para os usuários. Seria possível inclusive a diferenciação de pacotes de acesso, mais restritos ou mais amplos. [...] No entanto, é possível antever uma neutralidade flexível ou intermediária que, em determinadas circunstâncias, permita modelos de negócio alternativos e/ou cobranças dos provedores de conteúdo pelos provedores de acesso. O caso zero-rating seria exatamente uma dessas alternativas”. SILVA, Leandro Novais e; LEURQUIN, Pablo; BELFORT, André. Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4, n. 1, maio 2016. p. 30.

absoluta⁸⁰⁸, (ii) discriminação razoável⁸⁰⁹, (iii) tratamento isonômico para aplicações semelhantes⁸¹⁰, (iv) regime de exceções⁸¹¹ e (v) tratamento agnóstico⁸¹².

No entanto, em qualquer dos cenários possíveis, há algumas questões específicas relacionadas à neutralidade de rede que, em decorrência do próprio funcionamento dos mercados, surgirão e terão de ser enfrentadas e apreciadas, se não expressamente pelo ordenamento, no mínimo casuisticamente em resolução de conflitos e no controle de condutas. Em especial, na realidade atual dos mercados, a partir de uma lógica de não

⁸⁰⁸ Para um resumo do modelo de neutralidade absoluta, veja-se: “Esse modelo defende que a neutralidade deve ser um valor absoluto, e que provedores de acesso devem tratar todo tráfego de suas redes de forma idêntica, sem qualquer diferenciação ou discriminação, ainda que essa escolha seja feita pelo usuário. A preocupação dos defensores desse modelo é que provedores de acesso utilizem exceções à neutralidade e técnicas de gerenciamento de tráfego para, na prática, discriminar o tráfego de acordo com os seus interesses”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 42.

⁸⁰⁹ Para um resumo do modelo de discriminação razoável, veja-se: “Esse modelo propõe que a regulação da neutralidade da rede aponte tão somente para uma regra geral, e que os critérios específicos sobre discriminação de dados sejam determinados por uma regra geral de razoabilidade, em que as hipóteses de discriminação socialmente benéficas ou não seriam decididas por autoridades regulatórias ou pelo Judiciário”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 43.

⁸¹⁰ Para um resumo do modelo de tratamento isonômico para aplicações semelhantes, veja-se: “Essa posição defende que a discriminação de tráfego seja vedada sempre que ocorrer entre aplicações com funções idênticas ou semelhantes; para outros casos, a discriminação seria autorizada”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 44.

⁸¹¹ Para um resumo do modelo de regime de exceções, veja-se: “Esse modelo de regulação cria uma regra geral de neutralidade absoluta, mas prevê que a própria regulação pode estabelecer exceções à neutralidade absoluta, como forma de permitir situações em que há claro custo social e em que a discriminação é necessária”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 46.

⁸¹² O modelo de tratamento agnóstico foi proposto por Barbara van Schewick e pode ser entendido como uma espécie específica de regime de exceção. Nesse sentido: “Legislators and regulators should enact a non-discrimination rule that bans all application-specific discrimination, but allows all application-agnostic discrimination. Discrimination is application-specific if the discrimination is based on the specific application or content (e.g. Skype is treated differently from Vonage), or based on classes of applications or content (e.g. Internet telephony is treated differently from e-mail)”. VAN SCHEWICK, Barbara. Network neutrality: what a non-discrimination rule should look like. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 1684677, Stanford Law School, out. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1684677>>. Acesso em: 10 jan. 2018. Para a versão completa do estudo da aludida autora, veja-se: VAN SCHEWICK, Barbara. Network neutrality and quality of service: what a non-discrimination rule should look like. *Stanford Law Review*, v. 67, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2459568>>. Acesso em: 10 jan. 2018. Para um resumo do entendimento preconizado pela autora, veja-se: “Na abordagem adotada pela autora, uma regra ex ante deve proibir que provedores de acesso desenvolvam práticas de discriminação específica entre aplicações e classes de aplicações, mas essa regra deveria permitir critérios agnósticos de discriminação – ou seja, que não utilizem informações sobre a origem, tipo, conteúdo e destino dos pacotes de dados para basear o gerenciamento de tráfego. Nessa proposta, se um usuário consome uma parcela desproporcional de banda, o provedor de acesso pode reduzir temporariamente a taxa de transferência do usuário para evitar a degradação da experiência dos outros, desde que não diminua somente determinados pacotes específicos, com base em seu conteúdo”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 46.7

discriminação (tratamento isonômico)⁸¹³ inerente à neutralidade, é natural que surjam discussões envolvendo, por exemplo⁸¹⁴, *fast lanes* e *zero rating*.

A criação de *fast lanes* (raias rápidas) consiste na priorização de tráfego de determinado conteúdo pelas redes⁸¹⁵, implicando, portanto, discriminação na circulação de determinada informação com base em algum critério específico desta. Com a criação de *fast lanes*, por exemplo, provedores de acesso à internet podem favorecer algum conteúdo lícito em detrimento de outro conteúdo lícito por qualquer razão, inclusive mediante a cobrança de valor adicional junto ao provedor de conteúdo⁸¹⁶ pela prioridade na tramitação e na entrega da

⁸¹³ A questão da não discriminação (tratamento isonômico), como visto, é inerente a qualquer conceito de neutralidade, pendendo levar às seguintes conclusões, exemplificativas: “(i) são proibidas práticas que possam bloquear, interferir, discriminar ou degradar o tráfego de pacotes de dados com base em critérios específicos como conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação, salvo em caso de requisitos técnicos indispensáveis, no caso de serviços de emergências ou, ainda, no caso de disposição específica em lei; (ii) são proibidas práticas que possam restringir o direito de usuários de acessar, por meio da internet, qualquer conteúdo, aplicação ou serviço, em condições isonômicas em relação aos demais usuários, conteúdos, aplicações ou serviços; (iii) são proibidas práticas que possam restringir o direito de usuários de utilizar, em condições isonômicas, qualquer classe de aplicações ou serviços específicos, bem como de conectar quaisquer terminais ou aplicações à rede, salvo em caso de riscos à segurança da rede; (iv) são proibidas práticas que possam, arbitrariamente, reduzir ou priorizar o tráfego de pacotes de dados com base em critérios específicos como conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação, salvo em caso de requisitos técnicos indispensáveis, no caso de serviços de emergências ou, ainda, no caso de disposição específica em lei; (v) mesmo em casos de discriminações de tráfego baseadas em requisitos técnicos indispensáveis ou serviços de emergência, sempre serão consideradas como proibidas práticas que tratem, de forma diferenciada, conteúdos ou aplicações semelhantes; (vi) mesmo em casos de discriminações de tráfego baseadas em requisitos técnicos indispensáveis ou serviços de emergência, sempre serão consideradas como proibidas práticas de discriminação que não sejam informadas para o usuário”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 187.

⁸¹⁴ Naturalmente, pela complexidade da neutralidade, as discussões que exsurtem a partir de qualquer disciplina da temática abrangem diversos outros aspectos, para além da não discriminação (tratamento isonômico), das *fast lanes* e do *zero rating*. Questões, por exemplo, envolvendo transparência, interoperabilidade e serviços de emergência também são centrais às discussões envolvendo neutralidade de rede, mas, por limitação de espaço e de escopo, não são ora abordadas. Para uma visão ampla dos aspectos com repercussão jurídica envolvidos na neutralidade de rede, veja-se: RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015.

⁸¹⁵ Sobre a criação de *fast lanes*, veja-se: “A ideia de não discriminação de qualidade está associada à regra de ‘não priorização’ de alguns pacotes em detrimento de outros, mantendo a chamada regra do ‘first-in-first-out’ e da promessa de se empreenderem os best efforts para a transmissão de todos os pacotes indistintamente. O oposto a isto – a priorização do tráfego – corresponde à existência de ‘raias rápidas’ (*fast lanes*) dentro da rede para o tráfego de certos pacotes de dados. Deste modo, aplicativos intensivos em dados, como videoconferência, telemedicina etc. poderiam utilizar estas raias rápidas”. FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 24, n. 1, 2013. p. 243.

⁸¹⁶ Tratando da criação de *fast lanes*, sob uma perspectiva mormente econômica, veja-se: “A network operator could offer content providers one tariff schedule for priority delivery of data packets and another tariff schedule for unprioritized delivery. The content providers that choose to pay for priority delivery expect the surplus from the combination of the priority delivery and the additional tariff to be higher (or at least as high) as the surplus resulting from the combination of unprioritized delivery and the established tariff. The network operator is presumably better off by offering the two options to content providers. Therefore, in the absence of externalities (an assumption whose significance I examine at length in Section III in connection with arguments concerning innovation), differential pricing for content providers for the priority delivery of packets is a Pareto improvement

respectiva informação ao consumidor final. Focado na relação entre o provedor de conteúdo e provedor de acesso à internet, o conceito de *fast lane* não se confunde com o tratamento agnóstico do provedor de acesso à internet em relação ao consumidor final, de maneira a que, por exemplo, sejam cobrados valores diferenciados dos consumidores para disponibilizar acesso com maior largura de banda ou com maior limite de dados a serem utilizados⁸¹⁷.

Já o *zero rating* pode constituir em uma série de estratégias comerciais⁸¹⁸ em que não é cobrado do consumidor final o tráfego na internet realizado com relação a determinado conteúdo, serviço ou aplicativo⁸¹⁹. Assim, por exemplo, como estratégia de *zero rating*, uma operadora pode oferecer acesso à internet gratuito – sem contabilizar os dados consumidos no

over a ‘neutrality’ regime that required that a single price be charged”. SIDAK, J. Gregory. A consumer-welfare approach to network neutrality regulation of the internet. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 2, n. 3, set. 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=928582>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 369.

⁸¹⁷ Sobre a diferenciação da relação entre provedor de acesso à internet e consumidor, de maneira a serem realizadas cobranças diferenciadas, com base em tratamento agnóstico, veja-se: “Importante destacar que o debate sobre a neutralidade da rede não se confunde com o debate sobre os preços pagos pelo acesso à internet. Um provedor de acesso pode oferecer planos de acesso em preços bastante elevados, e mesmo assim respeitar a neutralidade da rede. Da mesma forma, um provedor de acessos pode colocar limites de banda consumida por usuário e, após o término desse limite, reduzir ou mesmo bloquear o acesso à internet do usuário; se isso for feito de forma agnóstica e sem privilegiar uma ou outra aplicação específica, essa conduta não viola a neutralidade da rede (ainda que se possa discutir se há ou não violações a outros diplomas e/ou princípios consumeristas)”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 132.

⁸¹⁸ Definindo as práticas que estão incluídas no conceito de *zero rating*, assim constou em decisão do CADE: “Segundo a Agência, o zero rating pode ser compreendido como uma gama de estratégias comerciais que comportariam vários tipos, assim exemplificados: a) Tarifação zero por escolha da própria prestadora: a prestadora de serviço de telecomunicações elege, segundo critérios pautados em uma decisão interna, certos conteúdos ou aplicações que, quando acessados pelo usuário, não gerarão qualquer tipo de custo; b) Tarifação zero para aplicações ou serviços de emergência: o acesso a aplicações ou serviços de utilidade pública específicos não são cobrados do usuário; c) Dados patrocinados: nesse caso, o patrocinador arca com os custos dos dados trafegados pelo usuário final quando destinarem-se ao acesso a website específico ou utilização de determinado aplicativo; d) Gerenciamento de dados: consiste no gerenciamento de tráfego direcionado a provedores de conteúdo, a fim de que estes se utilizem de períodos de menor demanda de tráfego, os quais são consequentemente mais baratos, para entrega de seu conteúdo de forma mais eficiente; e) Dados como recompensa: ocorre quando uma marca, desejando engajar determinado consumidor, lhe oferece a possibilidade de acesso a dados móveis, com custo zero, como recompensa por assistir um vídeo específico, baixar certo aplicativo ou realizar determinada ação desejada; f) Publicidade direcionada: nesse caso, direciona-se a publicidade de determinado produto àqueles consumidores que, segundo informações de seu acesso, efetivamente têm interesse. Nesse caso, o usuário que baixar o aplicativo ou acessar o conteúdo desejado não pagará por tê-lo feito; g) Dados corporativos: permite que determinada instituição arque apenas com acesso a dados corporativos. Os dados pessoais serão custeados pelo próprio funcionário”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota técnica n. 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE. *Inquérito Administrativo n. 08700.004314/2016-71*. 2017. Disponível em: <<http://http://sei.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁸¹⁹ Para uma definição mais direta de *zero rating*, veja-se: “Zero rating is a commercial practice by which an Internet access Service Provider does not charge the user for the internet traffic related to specific contents or applications, or categories of contents or applications, available on the Internet. The practice generally concerns mobile ISPs which propose limited or metered data plans. If an end-user has an unlimited data allowance, a zero rating offer has no additional benefit. Therefore, this practice is mostly found in mobile broadband services which, owing to underlying bandwidth constraints, are more likely to have data caps”. JAUNAUX, Laure; LEBOURGES, Marc. *Zero rating and end users’ freedom of choice: an economic analysis*. dez. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3089833>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 1.

eventual limite contratado – especificamente no que tange ao acesso à determinado aplicativo (como ocorre com *Facebook* e *WhatsApp*, hipoteticamente)⁸²⁰. Nesse contexto, são discutidos os impactos que a prática traz em relação ao consumo de dados⁸²¹, à competição baseada em diferenciação de serviços (e não apenas de preço)⁸²², aos riscos de subsídio cruzado⁸²³, entre tantos outros impactos possíveis⁸²⁴.

Como destacado, os países e blocos disciplinaram de maneira diferente a questão da neutralidade de rede em seus respectivos ordenamentos, inclusive no que se refere às práticas de *fast lane* e *zero rating* acima abordadas. Nesse sentido, por exemplo⁸²⁵, nos Estados

⁸²⁰ Apresentando exemplos de práticas de *zero rating*, veja-se: “The most prominent examples in the U.S. are T-Mobile’s Music Freedom and Binge On programs, which permit qualifying subscribers to stream unlimited amounts of music and video without paying any additional charges. Other Internet service providers (ISPs) are applying zero rating to popular applications such as Facebook, WhatsApp, and Wikipedia. Zero rating represents the most prominent example of a practice known as service differentiation, in which providers offer access to only part of the full range of Internet services (such as email-only plans) or provide access to a subset of services on a preferred basis”. YOO, Christopher. Avoiding the pitfalls of net uniformity: zero rating and nondiscrimination. *Review of Industrial Organization*, v. 50, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3081158>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 510.

⁸²¹ Destacando o impacto do *zero rating* no que se refere ao consumo de dados, veja-se: “The primary impact of the introduction of zero rating in a given offer is to reduce the unit data price as the customer pays the same price for more consumption. Not only is usage of the zero rated application increased, but so is usage of other applications in general, as they can benefit from the data previously consumed by zero rated service and made available in the allowance for other usages”. JAUNAUX, Laure; LEBORGES, Marc. *Zero rating and end users’ freedom of choice: an economic analysis*. dez. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3089833>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 6.

⁸²² Destacando o impacto do *zero rating* em relação à diferenciação de serviços, veja-se: “Service differentiation can yield many economic benefits. It can promote Internet adoption by demonstrating the value of an Internet connection. It can allow consumers to enjoy service plans that are more closely tailored to their preferences. [...] In short, service differentiation’s relative novelty and potential benefits counsel against erecting a categorical prohibition of the practice. Instead, enforcement authorities should evaluate the propriety of service differentiation through the case-by-case approach that is associated with the rule of reason. Any more restrictive rule threatens to deprive innovation and experimentation of the breathing room that it needs to survive”. YOO, Christopher. Avoiding the pitfalls of net uniformity: zero rating and nondiscrimination. *Review of Industrial Organization*, v. 50, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3081158>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 535.

⁸²³ Destacando o risco de subsídio cruzado relacionado ao *zero rating*, veja-se: “There is little risk that the offer of contents and applications will be impacted. If the CAP is dominant and the internet access market is competitive, all ISPs may need to replicate the ZR offer. This reinforces the dominance of the CAP and limits the offer of content and applications, which is detrimental for end-users’ freedom of choice. If the ISP is dominant and controls the choice of zero rated contents and applications, the cross subsidy effect is reinforced as the CAP chosen by the dominant ISP will have a significant comparative advantage on the market. This effect may also lead some CAPs to leave the market, reducing end-users’ choice”. JAUNAUX, Laure; LEBORGES, Marc. *Zero rating and end users’ freedom of choice: an economic analysis*. dez. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3089833>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 15.

⁸²⁴ Para uma análise específica dos possíveis impactos do *zero rating*, veja-se: SILVA, Leandro Novais e; LEURQUIN, Pablo; BELFORT, André. Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4, n. 1, maio 2016. p. 21-56. Ainda: YOO, Christopher S. Avoiding the pitfalls of net uniformity: zero rating and nondiscrimination. *Review of Industrial Organization*, v. 50, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3081158>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 509-536.

⁸²⁵ Neste momento, pelas limitações de espaço e de escopo deste trabalho, são apenas fornecidos exemplos de experiências de disciplina da neutralidade de rede. Para uma visão geral da disciplina da neutralidade de rede no

Unidos da América, a partir do *2015 Open Internet Order* editado pela FCC, com suas expressas vedações a bloqueios, retardos intencionais e priorizações pagas⁸²⁶, restou abertamente vedada, de forma *ex ante*, a criação de *fast lanes*. Já em relação à prática de *zero rating*, não houve enfrentamento pela regulação setorial, sendo a apreciação da questão deixada para o controle de condutas *ex post*. Entretanto, em fevereiro de 2018, com a edição do *Restoring Internet Freedom* pela FCC⁸²⁷, já em sua mais recente composição, como visto, foi previsto o levantamento das referidas vedações a bloqueios, retardos intencionais e priorizações pagas, com a substituição por obrigações mais genéricas de transparência, o que, caso venha a ser implementado, afastaria, em tese, a proibição de criação de *fast lanes* no setor do país.

Na União Europeia, com a edição do Regulamento n. 2120 de 2015 pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia⁸²⁸ e com a posterior publicação das *guidelines* sobre neutralidade de rede pela ORECE, também restou vedada a criação de *fast lanes*⁸²⁹;

mundo, veja-se: UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 set. 2017. p. 123.

⁸²⁶ Assim constou expressamente no 2015 Open Internet Order: “Because the record overwhelmingly supports adopting rules and demonstrates that three specific practices invariably harm the open Internet – Blocking, Throttling, and Paid Prioritization – this Order bans each of them, applying the same rules to both fixed and mobile broadband Internet access service”. FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *Protecting and Promoting the Open Internet*. 26 fev. 2015. Disponível em: <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2018. cons. 14.

⁸²⁷ Para o inteiro teor de tal *Restoring Internet Freedom* editado pela FCC, veja-se: FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *Restoring Internet Freedom*. final rule. 22 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.federalregister.gov/documents/2018/02/22/2018-03464/restoring-internet-freedom>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

⁸²⁸ Para o inteiro teor do aludido Regulamento n. 2120/2015, veja-se: UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) n. 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União*. Regulamento 2120/2015. 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018. Para uma análise crítica de dito Regulamento, veja-se: “Nesse sentido, a proposta elaborada pela Comissão Europeia estabeleceu, em seu art. 23, a garantia de que os usuários finais do serviço de acesso à Internet fossem livres para acessar e distribuir informação e conteúdo, executar aplicações e usar serviços de sua escolha. Dessa forma, prestadoras do serviço de acesso à Internet estariam proibidas de bloquear, reduzir a velocidade, degradar ou discriminar o tráfego de conteúdos, aplicações e serviços na Internet, salvo na hipótese de adoção de medidas de gerenciamento razoável de tráfego. Nessa linha, a adoção de medidas que visassem à preservação da integridade e segurança da rede, à prevenção da transmissão de conteúdos indesejáveis para os usuários e à minimização dos efeitos do congestionamento da rede seriam aceitas, não configurando violação ao princípio da neutralidade de rede. Adicionalmente, restou resguardada a liberdade dos usuários finais de celebrar acordos com prestadoras de acesso à Internet quanto ao volume e à velocidade de sua conexão, além da liberdade de se beneficiar de eventuais ofertas realizadas por provedores de conteúdo, aplicações e serviços na Internet. Considerou-se, assim, que tarifas baseadas no volume de dados trafegados seriam compatíveis com uma Internet aberta e, portanto, com o princípio da neutralidade de rede, desde que garantida a transparência nas informações prestadas aos usuários”. CRUZ, Sofia Fortes. *Neutralidade de rede: comentários à proposta de regulamento aprovada pelo parlamento europeu em 2014*. *Revista de Direito das Comunicações*, São Paulo, v. 4, n. 8, jul.-dez. 2014. p. 26.

⁸²⁹ Assim constou das *guidelines* publicadas pelo ORECE: “In the event that traffic management measures are based on commercial grounds, the traffic management measure is not reasonable. An obvious example of this

novamente, em relação ao *zero rating*, não há uma determinação abrangente *ex ante*. Segundo a ORECE, alguns acordos envolvendo *zero rating*, notadamente que envolvam bloqueio de conteúdos, devem ser considerados contrários à neutralidade⁸³⁰; já outros, não o serão, sendo necessário uma análise casuística pelas autoridades reguladoras nacionais, a partir de critérios especificados pela ORECE⁸³¹.

No Brasil, com a edição do Marco Civil da Internet⁸³², a obrigação geral de neutralidade de rede imposta, com exceções exclusivamente para as hipóteses de requisitos técnicos necessários ao funcionamento da rede e de priorização de serviços de emergência, evidenciou a vedação à criação de *fast lanes* como estratégia de negócio⁸³³. Já em relação ao

could be where an ISP charges for usage of different traffic categories or where the traffic management measure reflects the commercial interests of an ISP that offers certain applications or partners with a provider of certain applications. However, NRAs do not need to prove that a traffic management measure is based on commercial grounds; it is sufficient to establish that the traffic management measure is not based on objectively different technical QoS requirements”. ORGANISMO DE REGULADORES EUROPEUS DAS COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS. *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*. BoR (16) 127. ago. 2016. Disponível em: <<http://berec.europa.eu/eng/netneutrality/>>. Acesso em: 10 fev. 2018. cons. 68.

⁸³⁰ Reconhecendo que alguns acordos de *zero rating* são contrários à neutralidade, assim constou nas *guidelines* da ORECE: “In case of agreements or practices involving technical discrimination, this would constitute unequal treatment which would not be compatible with Article 3(3). This holds in particular for the following examples: [...] A zero-rating offer where all applications are blocked (or slowed down) once the data cap is reached except for the zero-rated application(s), as it would infringe Article 3(3) first (and third) subparagraph”. ORGANISMO DE REGULADORES EUROPEUS DAS COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS. *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*. BoR (16) 127. ago. 2016. Disponível em: <<http://berec.europa.eu/eng/netneutrality/>>. Acesso em: 10 fev. 2018. cons. 55.

⁸³¹ Sobre os critérios fixados pela ORECE para análise da compatibilidade de acordos de *zero rating* com a neutralidade de rede na União Europeia, assim constou das respectivas *guidelines*: “In light of the aforementioned considerations, BEREC considers that a comprehensive assessment of such commercial and technical conditions may be required, taking into account in particular: the goals of the Regulation and whether the relevant agreements and/or commercial practices circumvent these general aims; the market positions of the ISPs and CAPs involved [...]; the effects on consumer and business customer end-user rights [...]; the effects on CAP end-user rights [...]; the scale of the practice and the presence of alternatives...”. ORGANISMO DE REGULADORES EUROPEUS DAS COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS. *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*. BoR (16) 127. ago. 2016. Disponível em: <<http://berec.europa.eu/eng/netneutrality/>>. Acesso em: 10 fev. 2018. cons. 46.

⁸³² Para o inteiro teor do Marco Civil da Internet brasileiro, veja-se: BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018. Como informado, não é objetivo deste trabalho realizar uma análise pormenorizada e crítica do marco civil da internet no Brasil e da forma como foi acolhida a neutralidade de rede na realidade brasileira. Nesse contexto, para uma análise ampla do marco civil da internet na realidade brasileira, incluindo seus histórico, fundamentos e objetivos, também no que se refere aos impactos para a disciplina da neutralidade de rede no Brasil, veja-se: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Ed. Atlas, 2014. Mais especificamente sobre a neutralidade de rede no marco civil da internet brasileiro, veja-se: RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015.

⁸³³ A vedação à criação de *fast lanes* como estratégia de negócio pode ser depreendida dos seguintes dispositivos do Marco Civil da Internet brasileiro: “Art. 9º. O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. § 1º. A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal,

zero rating, novamente, não há clareza na regulação introduzida. Contudo, em recentes manifestações da ANATEL⁸³⁴ e do CADE⁸³⁵, apreciando caso concreto, entendeu-se que, *prima facie*, a prática de *zero rating* não viola a neutralidade de rede estabelecida pelo aludido Marco Civil da Internet, bem como, nos casos abordados, não implica violação antitruste ou regulatória.

Em outras jurisdições, ainda, foram apresentadas diferentes conclusões acerca da eventual compatibilidade da criação de *fast lanes* e de práticas envolvendo *zero rating* com a neutralidade de rede, tal qual esta é compreendida e protegida no respectivo ordenamento jurídico⁸³⁶. Destarte, observam-se diferentes concepções e entendimentos acerca da

para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de: I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e II - priorização de serviços de emergência”. BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018. art. 9º.

⁸³⁴ Assim se manifestou a ANATEL em processo administrativo envolvendo a legalidade de acordos de *zero rating*: “Com essas características, o zero rating aqui avaliado tem racionalidade econômica e gera, inegavelmente, perceptível bem estar via excedente do consumidor e do produtor, pelas seguintes razões: expande diretamente o uso e o número de usuários dos conteúdos gratuitos, e indiretamente o tráfego dos conteúdos onerosos em função de suas interfaces, assim como eleva a penetração da banda larga móvel, criando valor para as redes de telecomunicações; reduz os custos médio e marginal do acesso à rede e aos conteúdos, que se materializa por meio de uma discriminação eficiente de preços; gera precificação favorável para os consumidores pela possibilidade de coordenação, via mecanismos de mercado, entre prestadoras do SMP e provedores de conteúdo, onde os primeiros buscam criar valor para a sua rede e estes procuram meios de expandir a distribuição de seu conteúdo [...]. Pela análise empreendida, além dos ganhos de eficiência que já demonstrei, é possível perceber que a conduta de prática de preços diferenciados, representada pelo Ministério Público Federal junto ao CADE, não produz efeitos limitadores da capacidade de inovação e do caráter disruptivo do mercado de provimento de conteúdo, e, por este motivo, não gera barreiras à entrada no mesmo”. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Análise nº 100/2016/SEI/AD*. Processo nº 53500.020772/2016-69. 16 nov. 2016. Disponível em: <<https://sei.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

⁸³⁵ Assim se manifestou o CADE em processo administrativo envolvendo a legalidade de acordos de *zero rating*: “Assim, no presente caso, percebe-se que as ofertas de zero rating denunciadas pelo Representante não se propõem a otimizar as condições de tráfego de parceiros específicos (como, por exemplo, garantir maior velocidade de acesso aos usuários de determinada aplicação), mas sim a viabilizar que determinados conteúdos possam ser consumidos nas mesmas condições técnicas de outras aplicações disponibilizadas na web, porém sem consumo de dados da franquia contratada. [...] Não há comprometimento do caráter público e do acesso irrestrito à Internet (inciso I), não há priorização de pacotes (inciso II), nem há privilégios para aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico. Isto posto, conclui-se que as condutas denunciadas não violam o Marco Civil da Internet, tampouco o Decreto 8.771/2016 e o princípio da neutralidade de rede. Passa-se, portanto, à análise da prática como suposta conduta anticoncorrencial. [...] Com base no exposto, conclui-se, portanto, que não há indícios de que as práticas denunciadas pelo MPF, genericamente denominadas de zero rating, possam gerar prejuízos ao ambiente concorrencial, seja no mercado de SMP, seja no mercado de aplicativos”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota técnica n. 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE. *Inquérito Administrativo n. 08700.004314/2016-71*. 2017. Disponível em: <<http://http://sei.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁸³⁶ Para exemplificar as diferentes concepções de neutralidade de rede e de sua defesa, inclusive em relação às temáticas de *fast lane* e *zero rating*, veja-se destaque de atuação de seis países contra práticas envolvendo *zero rating*: “Only six countries have brought enforcement actions against zero-rating plans (United States, Chile, Canada, Slovenia, the Netherlands, and India). Although commentators sometimes claim that these countries have banned all forms of zero rating (see, e.g., Savetheinternet.in Coalition, 2015), a close review of the record reveals this to be a mischaracterization. Three of these countries did not adopt categorical bans and instead

neutralidade de rede, com distintos tratamentos para questões específicas, como foi o demonstrado no caso das *fast lanes* e do *zero rating*.

Nesse contexto de incertezas e de divergências, é importante relembrar o já exposto entendimento sobre a importância de se iniciar qualquer investigação considerando as finalidades que pautam a disciplina do setor. E o reconhecimento da rede virtual como finalidade maior da disciplina das telecomunicações, como aqui proposto, certamente contribui para a solução das questões envolvendo a neutralidade de rede. Com efeito, a própria lógica da neutralidade de rede, apesar de envolver aspectos concorrenciais, também abrange aspectos políticos e sociais do funcionamento do setor⁸³⁷, exatamente como preconizado ao se defender a rede virtual como finalidade nesta tese. Em especial, como destacado, entendimentos mais hodiernos sobre a neutralidade de rede reconhecem que sua disciplina deva buscar, pelo menos, a abertura da rede, a liberdade de escolha dos consumidores e a liberdade de expressão⁸³⁸, aspectos que, consoante exposto, podem ser depreendidos da finalidade maior da busca de uma rede virtual. Portanto, tem-se que, claramente, a finalidade maior do setor da rede virtual guarda estrita e estreita ligação com a neutralidade de rede e as subfinalidades a esta inerentes, sendo possível afirmar que a

recognized that some forms of zero rating are permissible, and subsequent EU legislation has superseded the actions taken by two European countries. Enforcement actions tend to focus on attempts to zero rate proprietary services and have unfortunately tended to fall most heavily on smaller providers attempting to challenge the incumbents, therefore likely harming competition and consumers”. YOO, Christopher. *Avoiding the pitfalls of net uniformity: zero rating and nondiscrimination*. *Review of Industrial Organization*, v. 50, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3081158>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 525. Para um panorama geral da temática em diferentes países, veja-se: RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 60.

⁸³⁷ Demonstrando que o tratamento da neutralidade de rede não se resume, meramente, a questões antitruste, veja-se: “A segunda lição é que, ao contrário do que a visão teórica minoritária sob neutralidade da rede previa, a neutralidade da rede está longe de ser um problema meramente concorrencial, e o elemento desenvolvimento passa a ser uma peça-chave no debate. Antes de 2014, poucos trabalhos preocuparam-se em fazer a conexão entre neutralidade da rede e desenvolvimento, mas, a partir do momento em que a mídia especializada estadunidense, fóruns de discussão globais e alguns trabalhos acadêmicos passaram a dar atenção ao fenômeno do zero-rating em países em desenvolvimento, a dimensão desenvolvimentista da neutralidade da rede passou a ganhar força no debate, tornando patente a incapacidade de marcos teóricos anteriores em atacar essa problemática, levando ao epicentro da discussão a necessidade ou não de relativizar o conceito de neutralidade da rede, ou mesmo partir de uma nova perspectiva analítica, para promover objetivos de desenvolvimento, como redução do digital divide, redução de desigualdades regionais produzidas pela tecnologia, distribuição das riquezas geradas pelo setor e a promoção de conteúdo e inovação local”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 179.

⁸³⁸ Para um resumo dos autores que compartilham entendimento sobre finalidades políticas e sociais da neutralidade de rede, veja-se: RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 34.

imposição de algum modelo de neutralidade de rede, não só é possível, como é esperado na busca de uma rede virtual em funcionamento no setor.

Esta constatação, aliada ao que foi desenvolvido anteriormente, evidencia que há espaço para a regulação setorial e para a atuação de autoridades nacionais reguladoras no que se refere à neutralidade, inclusive intervindo de maneira *ex ante*, para a consecução de objetivos que não são atingidos exclusivamente pela concorrência. Como foi, também, exposto nos capítulos anteriores, tal não deve afastar a aplicação do direito da concorrência, notadamente em aspectos relacionados ao funcionamento do setor enquanto uma atividade econômica, o que inclui o controle de atos de concentração e o controle de condutas anticompetitivas. Mesmo em um contexto de busca da rede virtual e de defesa da neutralidade da rede, há de ser mantido o diálogo com a finalidade da concorrência, relembre-se.

No que se refere ao conteúdo ou ao modelo de neutralidade mais compatível com a finalidade da rede virtual, mais uma vez é preciso reiterar que, naturalmente, haverá diferenças na maneira com que cada país ou bloco irá incorporar a neutralidade em seu ordenamento jurídico, conforme as características e as peculiaridades dos respectivos sistemas jurídicos, nível de desenvolvimento, espaço para concorrência e avanço do setor. Não obstante, a partir de uma concepção de rede virtual funcional e acessível, parece claro que vedações a bloqueios e degradações intencionais devem ser adotadas. Da mesma forma, a valorização da possibilidade de livre escolha do consumidor e de tratamento isonômico e não discriminatório no setor merece prevalecer, especialmente quando a priorização não é imposta por requisitos técnicos de funcionamento da própria rede. Com efeito, a livre circulação da comunicação entre as redes há de ser defendida e buscada, de maneira que, em conformidade com a busca de uma rede virtual, priorizações, degradações, ou, mesmo, diferenciações baseadas em origem, tipo, conteúdo ou destino dos dados, em princípio, devem ser combatidas⁸³⁹.

⁸³⁹ Defendendo uma neutralidade que não seja baseada nas características e informações dos dados em circulação, sustenta Tim Wu: “Popular online gaming applications like Everquest, Asheron’s Call, or Online Quake tend to be bandwidth intensive, particularly compared with episodic applications like email. As seen above, concerned broadband carriers have therefore been inclined to restrict the usage of such applications. However, with the neutrality principle in mind, we can distinguish between a ‘better’ and a ‘worse’ way for this to happen. First, in today’s environment, a broadband carrier could block traffic from gaming sites. It could do it either by enforcing a contractual provision in a usage agreement, or in the future, using its control of the local network to block traffic from gaming sites based on either application information, or the IP address of the application provider. Some carriers might elect, for a given supplemental fee, to remove the filter for specified users. Under the neutrality principle here proposed, this approach would be frowned upon. Instead, a carrier concerned about bandwidth consumption would need to invest in policing bandwidth usage, not blocking individual applications.

Destarte, tanto um modelo que não incorpore tais aspectos da neutralidade, quanto um modelo de neutralidade absoluta não decorrem e nem estão alinhados com o entendimento da rede virtual como finalidade do setor aqui preconizado⁸⁴⁰. Já modelos de neutralidade de discriminação razoável e de tratamento isonômico para aplicações semelhantes, apesar de não serem frontalmente contrários à concepção de rede virtual tal qual aqui defendida, acabam permitindo e possibilitando discriminações e priorizações⁸⁴¹, no mínimo, questionáveis, sob a perspectiva do funcionamento da rede virtual. Nesse contexto, os modelos de tratamento agnóstico, em especial, e de outros regimes de exceções, a depender das exceções, naturalmente, são os que, *a priori*, mostram-se mais compatíveis com a finalidade da rede virtual, tal qual aqui proposta⁸⁴².

No que se refere, especificamente, às questões de criação de *fast lanes* e de práticas de *zero rating*, sempre observando a necessidade de considerar a perspectiva do respectivo país ou bloco, é possível realizar algumas aproximações em relação à aplicação da referida proposta de rede virtual como finalidade da disciplina do setor. Assim, considerando que na relação entre provedores de acesso e de conteúdo, a criação de *fast lanes* pressupõe

Users interested in a better gaming experience would then need to buy more bandwidth – not permission to use a given application”. WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 2, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=388863>>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 171.

⁸⁴⁰ Destacando que os modelos absolutos (de neutralidade absoluta ou de não neutralidade) implicam discriminações em prejuízo à sociedade, veja-se: “All-or-nothing approaches are appealing because they impose clear obligations that are easy to enforce. All industry participants know what to expect and can adjust their behavior accordingly. These advantages come at a cost. All-or-nothing approaches treat all forms of discrimination in the same way. As a result, they are either over-inclusive, banning forms of discrimination that would be socially beneficial, or under-inclusive, allowing socially harmful forms of discrimination”. VAN SCHEWICK, Barbara. Network neutrality and quality of service: what a non-discrimination rule should look like. *Stanford Law Review*, v. 67, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2459568>>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 36.

⁸⁴¹ Apontando que o modelo de tratamento isonômico para aplicações semelhantes possibilita priorizações e discriminações não coerentes com as finalidades reconhecidas à neutralidade de rede, veja-se: “Thus, contrary to what is commonly assumed, forms of Quality of Service that respect the principle of like treatment do not adequately protect the values that network neutrality is designed to protect and should not be allowed under a network neutrality regime”. VAN SCHEWICK, Barbara. Network neutrality and quality of service: what a non-discrimination rule should look like. *Stanford Law Review*, v. 67, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2459568>>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 125.

⁸⁴² Reconhecendo finalidades à neutralidade compatíveis com o conceito de rede virtual aqui proposto, ainda que sem fazer referência à finalidade da rede virtual, Pedro Henrique Soares Ramos chegou à conclusão semelhante sobre o modelo de neutralidade mais adequado para a busca de tais finalidades. Nesse sentido: “Como colocamos aqui, os dois extremos do gráfico trazem diversas consequências adversas, seja para a isonomia na competição e preservação do caráter aberto da rede, seja para o desenvolvimento e experimentação tecnológica na camada de infraestrutura. Para preservar os valores por trás da neutralidade da rede e impedir um alto nível de discricionariedade na aplicação da regra, parece-nos que um regime de exceções é o caminho mais adequado; todavia, a avaliação dessa alternativa depende muito de como essas exceções vão ser colocadas na prática, essas exceções, o que pode aumentar ou reduzir a liberdade para aplicação de técnicas de gerenciamento de tráfego”. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 50.

priorização baseada em critérios não agnósticos para fins comerciais, em regra, o funcionamento da rede virtual como aqui proposto tende a vedar a prática como decorrência da neutralidade de rede. Entretanto, não se afasta a possibilidade de que, a depender da realidade do respectivo país e das características do setor e dos mercados, bem como da forma que a *fast lane* for criada e que os dados forem tratados, entenda-se como excepcionalmente compatível com o funcionamento da rede virtual a manutenção de determinada *fast lane*, sob determinadas condições. Outrossim, no que se refere à relação entre provedor de acesso e os consumidores, a depender da realidade de cada país e do setor, o tratamento agnóstico para que sejam cobrados valores diferenciados dos consumidores para disponibilizar acesso com maior largura de banda ou com diferentes limites de dados a serem utilizados tende a ser compatível com a proposta de rede virtual como finalidade aqui preconizada.

Já no que tange ao *zero rating*, ao contrario do que foi concluído em relação às *fast lanes*, considerando que a prática amplia o acesso às redes (ainda que apenas à apenas parte destas) e que não acarreta priorização de conteúdos, o funcionamento da rede virtual como aqui proposto tende a permitir tal prática como decorrência da neutralidade de rede; sem afastar a possibilidade, porém, de que, em determinadas hipóteses e conforme a realidade do respectivo país, a prática possa ser entendida como excepcionalmente incompatível com o funcionamento da rede virtual.

Destarte, superada a primeira parte de fundamentos e pressupostos básicos para os desenvolvimentos pretendidos e a partir da formulação da proposta da rede virtual como finalidade maior do setor, com a consequente investigação dos papéis que o direito da concorrência e a regulação setorial estariam mais aptos a desempenhar nesta disciplina das telecomunicações, passou-se ao teste desta proposta. Nessa senda, foi investigado como a aplicação desta proposta, partindo-se do reconhecimento da rede virtual efetiva, acessível e em funcionamento como a finalidade maior do setor, poderia contribuir para a solução de dúvidas e divergências em temáticas específicas das telecomunicações.

E, assim como foi demonstrado que a aplicação da proposta de rede virtual como finalidade maior da disciplina do setor, como preconizada neste trabalho, contribui para a indicação de um caminho de solução para as discussões envolvendo o relacionamento entre as autoridades antitruste e setorial, ora foi possível expor que a adoção desta formulação, baseada na aceitação de que a finalidade maior da disciplina do setor corresponde à busca da

rede virtual efetiva e funcional, contribui para a solução das polêmicas discussões envolvendo a neutralidade de rede no setor.

Nesse compasso, ainda que não seja possível apontar em detalhes como deva ser disciplinada a neutralidade de rede em todos os países e blocos – como foi trabalhado ao longo de toda esta tese, há, sempre, de ser observada a realidade e de serem cotejadas inúmeras características e peculiaridades dos países no que se refere à incorporação dos preceitos e à normatização em seus ordenamentos jurídicos – a aplicação da proposta de rede virtual como finalidade maior da disciplina do setor proporciona significativa contribuição à temática da neutralidade. Assim, aponta para um caminho de modelo de neutralidade mais próximo do regime de exceções e do tratamento agnóstico, indicando para uma maior aceitação de práticas de *zero rating* e de maior vedação à criação de *fast lanes*, como mais compatíveis com a ideia de busca e de preservação de uma efetiva e funcional rede virtual acessível a todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente tese buscou responder à seguinte indagação principal: qual deve ser a finalidade específica da disciplina das telecomunicações? Adicionalmente, pretendeu-se identificar quais papéis que o direito da concorrência e a regulação setorial devem desempenhar nesta disciplina. Ainda, a fim de confirmar a adequação das respostas encontradas, foi proposta a aplicação do entendimento defendido nesta tese no enfrentamento de desafios existentes em temas específicos do setor, sendo escolhidas as questões relativas ao relacionamento entre autoridades e à neutralidade de rede.

Para buscar os fundamentos necessários às pretendidas respostas, a primeira parte do trabalho foi focada na investigação das finalidades do direito da concorrência e da regulação, considerados isoladamente, bem como na análise de experiências – nacionais, regionais e internacionais – de disciplina especificamente do setor de telecomunicações. O desenvolvimento da primeira parte do estudo evidenciou que, não obstante existirem confluências e aproximações, não é possível identificar uma finalidade única e universal, seja ao direito da concorrência, seja à regulação existente. Em setores de reconhecida relevância, foi apresentado, porém, um entendimento apontando para uma perspectiva de diálogo e de equilíbrio entre finalidades, notadamente entre a finalidade da concorrência (em economias de mercado) e determinada finalidade setorial. A existência e a necessidade deste diálogo foi evidenciada e confirmada, também, com as investigações promovidas das experiências de disciplina das telecomunicações escolhidas nesta tese. Assim, foi exposto que a investigação acerca da finalidade principal da disciplina das telecomunicações é necessária e relevante, até mesmo diante das indefinições reveladas pelos estudos isolados promovidos. Consoante demonstrado, tudo começa pela definição e pela aceitação clara da finalidade a ser buscada na disciplina do setor.

Superada a primeira parte e com base nos pressupostos encontrados, passou-se, mais diretamente, às exposições necessárias para formulação das respostas às indagações propostas nesta tese. Nesse sentido, foi exposto que é possível e recomendado que seja apreendida a finalidade maior a pautar a disciplina das telecomunicações. A partir das experiências de disciplina do setor investigadas e da compreensão da característica dúplice das telecomunicações, somadas à constatação da relevância do setor em um contexto de sociedade

da informação, foi possível apontar que tal finalidade é justamente a consecução e a manutenção do que aqui se denominou de rede virtual, acessível e em funcionamento. Evidenciou-se, então, que o reconhecimento de tal finalidade possibilita a identificação dos papéis adequados ao direito da concorrência e à regulação setorial nesta disciplina, bem como que contribui para a solução de divergências em temas específicos do setor.

Destarte, respondendo pontual e diretamente às perguntas formuladas, nesta tese foi proposto que:

(i) de forma que se acredita ser original e inédita nesta tese, a finalidade específica da disciplina das telecomunicações é a constituição e a manutenção de uma rede virtual plenamente funcional, ou, em outras palavras, buscar que as várias redes e os diferentes serviços que compõem o setor virtualmente funcionem, de forma efetiva, como uma única rede acessível a todos;

(i.a) o reconhecimento deste objetivo maior determina a sua compatibilização e o diálogo com outras finalidades existentes, em especial a de desenvolvimento e de manutenção da concorrência, em economias de mercado;

(i.b) devem ser depreendidas finalidades intermediárias e mais concretas, a partir desta finalidade maior, sendo que cada país ou bloco deve incorporar tais finalidades ao seu ordenamento através de normas finalísticas e de conduta de acordo com as respectivas características de sistema jurídico, ordenamento constitucional, nível de concorrência e desenvolvimento tecnológico, entre outras;

(i.c) é esperado que diferentes países e blocos, mesmo adotando esta idêntica finalidade maior da rede virtual no setor, normatizem de forma distinta a temática, com princípios e regras adequados à respectiva realidade;

(i.d) esta finalidade há de ser adotada e mantida em perspectiva na busca de solução às discussões e aos questionamentos realizados no setor, dentre os quais os propostos nesta tese;

(ii) tanto ao direito da concorrência, quanto à regulação setorial, devem ser reconhecidos papéis na disciplina do setor, sendo justificadas a manutenção e a aplicação de ambos nas telecomunicações;

(ii.a) durante a implementação de reformas no setor, sem existência de concorrência nos mercados, a regulação setorial é necessária e adequada, também para promover a concorrência no setor, sem prejuízo da aplicação do direito da concorrência, igualmente;

(ii.b) uma vez estabelecida e consolidada a concorrência nos mercados, o direito da concorrência deve disciplinar o setor enquanto uma atividade econômica específica, tal qual realizado com os demais setores da sociedade; já no que se refere à finalidade de obtenção e de manutenção da rede virtual no setor, com as implicações que daí decorram, mostra-se mais adequada e recomendada a utilização de regulação setorial;

(ii.c) não há uma fórmula única e universal para a forma com que a regulação setorial e o direito da concorrência devam incorporar e normatizar as finalidades reconhecidas e em diálogo, dependendo, novamente, das características e do sistema jurídico de cada país ou bloco e dos respectivos níveis de desenvolvimento e de concorrência no setor;

(iii) a aplicação do entendimento da rede virtual como finalidade maior do setor contribui para a solução de questões específicas do setor, de forma coerente e fundamentada, inclusive das temáticas de relação entre autoridades e de neutralidade de rede, propostas nesta tese;

(iii.a) não é possível apontar, em detalhes, a forma mais adequada de relacionamento entre as autoridades nas experiências de todos os países e blocos; contudo, é possível identificar que o caminho mais adequado e compatível com a finalidade da busca ou da manutenção da rede virtual aqui proposto passa pelo reconhecimento de complementaridade na relação entre as autoridades antitruste e setorial, com a necessidade de disciplina clara da forma desta relação;

(iii.b) novamente, não é possível apontar, em detalhes, a forma mais adequada de disciplina da neutralidade nas experiências de todos os países e blocos; contudo, é possível identificar que o caminho mais adequado e compatível com a finalidade da rede virtual aqui proposto passa pela defesa da neutralidade de rede, inclusive com regulação *ex ante*, com um modelo mais próximo dos regimes de exceções e de tratamento agnóstico, tendente à uma maior aceitação de práticas de zero rating e à uma maior vedação à criação de *fast lanes*.

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, o reconhecimento de que a finalidade maior da disciplina do setor deva ser a consecução e a manutenção de uma rede virtual funcional e acessível a todos facilita a estruturação de uma disciplina mais adequada e coerente às telecomunicações, ao mesmo tempo em que contribui para que a sociedade se beneficie ao máximo do setor, com os reflexos para o desenvolvimento do respectivo país ou bloco. Pela própria natureza dinâmica e disruptiva do setor, é natural e esperado que constantemente surjam novos desafios, seja ao acesso de consumidores, seja à circulação de informação entre diferentes provedores ou detentores de rede, seja ao funcionamento do setor como um todo. Nesse contexto, será relevante manter sempre em perspectiva e em investigação esta finalidade da disciplina do setor e a relevância da busca e da proteção do que aqui se denominou de rede virtual, para o que, espera-se, que esta tese tenha minimamente contribuído.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Análise n° 100/2016/SEI/AD*. Processo n° 53500.020772/2016-69. 16 nov. 2016. Disponível em <<https://sei.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- _____. *Plano geral de metas de competição e regulamento de homologação de ofertas de referência de produtos de atacado: audiência pública - consultas públicas 35, 36 e 37*. Brasília, 24 jan. 2017. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018.
- _____. *Relatório Anual ANATEL 2016*. jun. 2017. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- _____. *Resolução n° 460*, de 19 de março de 2007. Aprova o Regulamento Geral de Portabilidade – RGP. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/22-2007/8-resolucao-460>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- _____. *Resolução n° 516*, de 30 de outubro de 2008. Aprova o Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR). Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/23-2008/11-resolucao-516>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- _____. *Resolução n° 590*, de 15 de maio de 2012. Aprova o Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/332-resolucao-590>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- _____. *Resolução n° 600*, de 08 de novembro de 2012. Aprova o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC). Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/425-resolucao-600>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- _____. *Resolução n° 614*, de 28 de maio de 2013. Aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia e altera os Anexos I e III do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Exploração de Serviços de Telecomunicações e pelo Direito de Exploração de Satélite. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- _____. *Resolução n° 632*, de 07 de março de 2014. Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- _____. *Resolução n° 671*, de 03 de novembro de 2016. Aprova o Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências e altera o Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências e o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2016/911-resolucao-671>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- ALABAU, Antonio. Telecommunications and the information society in European regions. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 21, n. 8, 1997. p. 761-771.
- ALABAU, Antonio; GUIJARRO, Luis. *The electronic communications policy of the European Union*. Valencia: Universitat Politècnica de Valencia, 2011.

- ALBIMAN, Masoud Mohammed; SULONG, Zunaidah. The linear and non-linear impacts of ICT on economic growth, of disaggregate income groups within SSA region. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 2, 2017. p. 555-572.
- ALEXANDER, Kern; ANDENAS, Mads (eds.). *The World Trade Organisation and Trade in Services*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008.
- ALEXIADIS, Peter; SHORTALL, Tony. The Advent of 5G: should technological evolution lead to regulatory revolution? *CPI Antitrust Chronicle*, v. 3, nov. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2876484>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. Competências antitruste e regulações setoriais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, n. 1, 2009. p. 29-43.
- _____. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- ARAKPOGUN, Emmanuel Ogiemw; WANJIRU, Roseline; WHALLEY, Jason. Impediments to the implementation of universal service funds in Africa: A cross-country comparative analysis. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 2, 2017. p. 617-630.
- AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: An analysis of antitrust principles and their application*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 2006.
- ARINO ORTIZ, Gaspar. *Lecciones de administración (y políticas públicas)*. Madrid: Portal Derecho, 2011.
- _____. Logros y fracasos de la regulación. *Themis Revista de Derecho*, Lima, n. 32, 2006. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8822>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. 3. ed. amp. Granada: COMARES, 2004.
- _____. Sobre la Naturaleza y Razón de ser de los Entes Reguladores y el Alcance de su Poder Reglamentario. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/jun./jul., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2017.
- ARINO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan Miguel. Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 9, jan.-abr. 2000. p. 09-26.
- ARINO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan Miguel; NORIEGA, Raquel. *Nuevo papel del Estado en sectores regulados. Las telecomunicaciones de banda ancha*. Colección Fundación DMR Consulting. Barcelona: Ediciones Deusto, 2005.
- ASSOCIATION FOR PROGRESSIVE COMMUNICATIONS. *Progress report 2004-2008*. APC, jul. 2009. Disponível em: <https://www.apc.org/sites/default/files/APCProgressReport2004-8_EN_4.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the consumer choice approach to antitrust law. *Antitrust Law Journal*, v. 74, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121459>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 175-264.

- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, jan.-mar. 1999. p. 151-179.
- _____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BANCO MUNDIAL. *Telecommunications and Information Services for the Poor: Toward a Strategy for Universal Access*. Washington: Banco Mundial, 2002.
- BARTOSCH, Andreas. The liberalization of European telecommunications and broadcasting markets: the road from monopolies to competition and universal service. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 71-128.
- BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002.
- BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011.
- BAUMOL, William J. (et al.). Economists' statement on network neutrality policy. *AEI-Brookings Joint Center Working Paper*, n. 07-08, mar. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=976889>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na nova ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.
- BENGHOZI, Pierre-Jean; GILLE, Laurent; VALLÉE, Alain. Innovation and regulation in the digital age: a call for new perspectives. In: PREISSEL, Brigitte; HAUCAP, Justus; CURWEN, Peter (eds.). *Telecommunication Markets. Drivers and Impediments*. Heidelberg: Springer, 2009. p. 503-525.
- BEKER, Victor. *La telefonía en la Argentina: de la privatización a la desregulación*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2001.
- BERBEN, Cor; CLEMENTS, Bernard. The European framework for competition in telecommunications. The benefits for peripheral countries. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 19, n. 4, 1995. p. 273-283.
- BERNSTEIN, Jeffrey; SAPPINGTON, David E. M. Setting the x factor in price cap regulation plans. *NBER Working Paper*, National Bureau of Economic Research, n. 6622, jun. 1998. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=160969>>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- BLANCHARD, Carl. Telecommunications regulation in New Zealand: How effective is 'light-handed' regulation? *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 18, n. 2, mar. 1994. p. 154-164.
- BLOCKX, Jan. Antitrust in digital markets in the EU: policing price bots. In: RADBOUD ECONOMIC LAW CONFERENCE, 9 jun. 2017, Nijmegen. *Papers*, Nijmegen, Radboud University, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2987705>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

- BOOKSTABER, Richard. *The End of Theory: Financial Crises, the Failure of Economics, and the Sweep of Human Interaction*. New Jersey: Princeton University Press, 2017.
- BOTSWANA. *1995 Telecommunications Policy*. Ministry of Works, Transport and Communication, dez. 1995. Disponível em: <http://www.bocra.org.bw/sites/default/files/documents/Botswana_Telecommunications_Policy.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- _____. *Communications Regulatory Authority Act*, n. 19, 2012. An Act to provide for the creation of an independent regulatory authority, the Botswana Communications Regulatory Authority, for the regulation of the communications sector in Botswana, comprising telecommunications, internet and information and communication technologies, radio communications, broadcasting, postal services and related matters; and for matters connected or incidental thereto. Disponível em: <<http://www.bocra.org.bw>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- _____. *Telecommunications Act, 1996*. An act to regulate the provision of telecommunications services to, from and within Botswana; to provide for the licencing of providers of telecommunications services in Botswana, and for matters connected or incidental threto. 16 ago. 1996. Disponível em: <<https://www.itu.int/ITU-D/treg/Legislation/Botswana/law.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- BOTSWANA COMMUNICATIONS REGULATORY AUTHORITY. *2017 BOCRA Report*. 2017. Disponível em: <<http://www.bocra.org.bw>>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- _____. *Draft of Communications Regulatory Authority Regulations, 2017*. Disponível em: <<http://www.bocra.org.bw>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- BOTSWANA TELECOMMUNICATIONS AUTHORITY. *Communications Infrastructure Sharing: Concept Paper*. out. 2009. Disponível em: <<http://www.bocra.org.bw>>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- BOURREAU, Marc; DOGAN, Pinar. Regulation and innovation in the telecommunications industry. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, n. 1, 2001. p. 167-184.
- BOYER, Marcel. The measure and regulation of competition in telecommunications markets. *In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders. Regulation and evolution of the global telecommunications industry*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 109-127.
- BORK, Robert Heron. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1978.
- BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; ROCHA, Kátia; MOREIRA, Rafael Henrique Rodrigues. Incertezas, opções reais e a nova orientação regulatória das operadoras de telefonia fixa brasileira: o mark-up sobre o custo de capital. *In: SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. I Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2006*. Brasília: SEAE, 2009. p. 231-272.
- BRASIL. Grupo de Trabalho Interministerial. *Estratégia brasileira para a transformação digital*. E-Digital. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 30 jul. 2018.
- _____. *Decreto n. 2.534, de 02 de abril de 1998*. Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

- _____. *Decreto n. 2.592*, de 15 de maio de 1998. Aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. *Decreto n.º 7.175*, de 12 de maio de 2010. Institui o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL; dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão; altera o Anexo II ao Decreto n. 6.188, de 17 de agosto de 2007; altera e acresce dispositivos ao Decreto n. 6.948, de 25 de agosto de 2009; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- _____. *Emenda Constitucional n. 8*, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. *Lei n. 4.117*, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. *Lei n. 9.295*, de 19 de julho de 1996. Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. *Lei n. 9.472*, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian. The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as yardstick for EC law. *In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 1-50.
- BRAUN, Jeans-Daniel; CAPITO, Ralf. The emergence of EC telecommunications law as a new self-standing field within community law. *In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 51-70.
- BREITENBUCH, Albrecht von. *Law and economics for landlines telecommunications: liberalization, regulation and deregulation in Germany*. Frankfurt: Lang, 2001.
- BRICS WORKING GROUP ON ICT COOPERATION. *ICT Development Agenda and Action Plan*. version 6. India, 11 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.ranepa.ru>>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- BRIGLAUERA, Wolfgang; CAMBINIB, Carlo; FETZERD, Thomas; HÜSCHEL RATHA, Kai. The European Electronic Communications Code: A critical appraisal with a focus on incentivizing investment in next generation broadband networks. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 948-961.
- BRODLEY, Joseph F. The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress. *New York University Law Review*, v. 62, 1987. p. 1020-1053.
- BRONCKERS, Marco; LAROUICHE, Pierre. A review of the WTO regime for telecommunications services. *In: ALEXANDER, Kern; ANDENAS, Mads (eds.). The World Trade Organisation and Trade in Services*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008. p. 319-379.

- BROOKS, Marcus. BT's Experience of privatization. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 71-88.
- BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, Porto Alegre, UFRGS, v. 9, n. 1, 2014. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br>>. Acesso em: 15 ago. 2017
- BUIGUES, Pierre. The new regulatory telecommunications framework: the competition policy approach. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 09-26.
- BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. 2. ed. Lima: Palestra, 2006.
- BUTLER, Brandon. What is edge computing and how it's changing the network. *Network World from IDG*, 21 set. 2017. Disponível em <<https://www.networkworld.com/article/3224893>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- BUTTIGIEG, Eugène. *Competition law: safeguarding the consumer interest*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2009.
- CANOY, Marcel; BIJL, Paul de; KEMP, Ron. Economic aspects of access to networks: access to telecommunications networks. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 135-168.
- CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 11, n. 1, 2004. p. 101-126.
- _____. Regulação pró-concorrencial de acesso a ativos de infraestrutura: regime jurídico e aspectos econômicos. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96-129.
- CASANUEVA-REGUART, Cristina; CANTU-DIAZ DE LEON, Luis Fernando. *Mexico's Telecommunications Reform: market concentration, prices, investment, and consumer welfare (2013-2015)*. mar. 2016. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2757396>>. Acesso em: 15 set. 2017.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação, economia, sociedade e cultura*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (eds.). *The network society: from knowledge to policy*. Washington: Johns Hopkins Center for Transatlantic Relations, 2005.
- CAVE, Martin. 40 years on: an account of innovation in the regulation of UK telecommunications, in 31/2 chapters. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 14, n. 1, 2017. p. 904-915.
- _____. The new regulatory telecommunications framework: economics aspects of the new regulatory regime for electronic communications services. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 27-44.

- CAVE, Martin; STUMPF, Ulrich; VALLETTI, Tommaso. *A Review of certain markets included in the Commission's Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation*. jul. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- CAVE, Martin (et al.). *Net neutrality regulation: the economic evidence*. abr. 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1587058>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- CHENG, Hsing Kenneth; BANDYOPADHYAY, Subhajyoti; GUO, Hong. The debate on net neutrality: a policy perspective. *Information Systems Research*, v. 22, n. 1, jun. 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=959944>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 60-82.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CHONÉ, Philippe. *Droit de la concurrence et régulation sectorielle: entre ex ante et ex post*. Paris: Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2006. Disponível em: <<http://www.cairn.info/droit-et-economie-de-la-regulation-4--9782247066534-page-49.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- CLEMENTS, Bernard. The impact of convergence on regulatory policy in Europe. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 22, n. 3, 1998. p. 397-205.
- COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. *The new digital revolution: from the consumer internet to the industrial internet*. Santiago: United Nations, 2016. Disponível em: <<http://www.cepal.org>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 16, n. 923, 2012. p. 37-53.
- _____. Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, RT, v. 6, 2011. p. 403-428.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota técnica n. 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE. *Inquérito Administrativo n. 08700.004314/2016-71*. 2017. Disponível em: <<http://http://sei.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. Parecer n. 05/2017/CGAA4/SGA1/SG. *Ato de concentração n. 08700.001697/2017-15*. 2017. Disponível em: <<http://http://sei.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- _____. *Processo Administrativo nº. 08012.006507/1998-81*. 2003. Disponível em: <<http://http://sei.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2017.
- CONSELHO SULAMERICANO DE INFRAESTRUTURA E PLANEJAMENTO DA UNASUL. *Proyectos*. Disponível em: <<http://www.iirsa.org/proyectos/Proyectos.aspx>>. Acesso em: 26 jan. 2018.
- CORDOVIL, Leonor Augusta Giovane. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- CORONEL, Leonardo Mena. Regulation and Investment in Telecommunications: Chile Case Study. *World Dialogue on Regulation for Network Economies*. mar. 2006. Disponível em: <<http://www.regulateonline.org/content/view/full/680/31/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. Judiciário e Regulação Econômica: a judicialização da política tarifária do setor de telecomunicações em 2003. *I Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2006*. Brasília: SEAE, 2009. p. 273-318.
- COUTO, Rainer. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise de sharing economy. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111, mai.-jun. 2017. p. 269-292.

- CRANE, Daniel. Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago. *University of Michigan Law School Scholarship Repository*, reviews, 2009. p. 1911-1933.
- CRAVO, Daniela Copetti. *Concorrência e consumidor: dúplice capitulação da venda casada*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2013.
- _____. *Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação ex ante e ex post*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2018.
- CRUZ, Sofia Fortes. Neutralidade de rede: comentários à proposta de regulamento aprovada pelo parlamento europeu em 2014. *Revista de Direito das Comunicações*, São Paulo, v. 4, n. 8, jul.-dez. 2014. p. 25-28.
- DABLER, Thoralf; PARKER, David; SAAL, David. Economic performance in European telecommunications, 1978-1998: a comparative study. *European Business Review*, v. 14, n. 3, 2002. p. 194-209.
- DAN, Wei. A lei antimonopólio da China e o seu regime de controle de concentração. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan-jun. 2012. p. 237-266.
- DIEZ, Fernando. *Google, in the aftermath of Microsoft and Intel: the right approach to antitrust enforcement in innovative High Tech Platform Markets?* Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2082882>>. Acesso em: 26 set. 2017.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira. A OCDE e o seu papel na promoção internacional do direito da concorrência. In: MENEZES, Wagner (coord.). *Estudos de Direito Internacional*. vol. X. Curitiba: Juruá, 2007. p. 436-444.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Bloomsbury Academic, 2013.
- ECONOMIDES, Nicholas. Competition Policy in network industries: an introduction. *NET Institute Working Paper*, n. 04-24, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=386626>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. Public policy in network industries. In: BUCCIROSSI, Paolo (ed.). *Handbook of antitrust economics*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2008. p. 469-518.
- _____. Telecommunications regulation: an introduction. *NET Institute Working Paper*, n. 04-10, ago. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=465020>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Telecommunications Act of 1996*. An act to promote competition and reduce regulation in order to secure lower prices and higher quality services for American telecommunications consumers and encourage the rapid deployment of new telecommunications technologies. Disponível em: <<http://www.fcc.gov>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Ley Federal de Telecomunicaciones*. 07 jun. 1995. Disponível em: <www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lftel/LFTel_abro.doc>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- _____. *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión*. 14 jul. 2014. Disponível em: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5352323&fecha=14/07/2014>. Acesso em: 04 jan. 2018.

- _____. *Pacto por México*. 02 dez. 2012. Disponível em: <<http://pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- EVANS, David Sparks; SCHMALENSSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of plataforma business; how one of the oldest business models on Earth powers the most incredible companies in the world*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.
- EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 10, jan. 2003. p. 133-151.
- FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 24, n. 1, 2013. p. 233-274.
- FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das telecomunicações: entre concorrência e universalização. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 35-106.
- FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FAULHABER, Gerald R. Bottlenecks and bandwagons: access policy in the new telecommunications. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 488-517.
- _____. Economics of net neutrality: a review. *Communications & Convergence Review*, v. 3, n. 1, jun. 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1894286>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 411. p. 53-64.
- FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *Protecting and Promoting the Open Internet*. 26 fev. 2015. Disponível em <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2018.
- _____. *Restoring Internet Freedom*. final rule. 22 fev. 2018. Disponível em <<https://www.federalregister.gov/documents/2018/02/22/2018-03464/restoring-internet-freedom>>. Acesso em: 05 mar. 2018.
- FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY. *White paper: digital platforms; digital regulatory policy for growth, innovation, competition and participation*. Berlim: BMWi, 2017. Disponível em: <<http://www.digital.de>>. Acesso em: 04 jul. 2017.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Lei geral de telecomunicações e direito da concorrência. *Interesse Público*, São Paulo, NOTADEZ, n. 22, 2003. p. 13-25.
- FIORATI, Jete Jane. *As telecomunicações nos direitos interno e internacional: o direito brasileiro e as regras da OMC*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- FISCHER, Ronald; SERRA, Pablo. Evaluación de la regulación de las telecomunicaciones en Chile. *Revista Perspectivas*, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, v. 6, n. 1, 2002. p. 45-77.
- FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FRISCHMANN, Brett M. An economic theory of infrastructure and commons management. *Minnesota Law Review*, v. 89, abr. 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3078147>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 917-1030.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Fórum, ano 3, n. 9, jan.-mar. 2005. p. 207-217.
- _____. Les nouveaux champs de la régulation. *Revue française d'administration publique*. n. 109. 2004. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2004-1-page-53.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 53-63.
- _____. Regulation versus competition. *The Journal of Regulation*, n. 7, mar.-abr. 2011. Disponível em: <<http://www.thejournalofregulation.com>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 550-559.
- G20. *G20 Digital Economy Ministerial Declaration: shaping digitalisation for an interconnected World*. Dusseldorf: BMWi, 2017. Disponível em: <<http://www.g20.org>>. Acesso em: 04 fev. 2018.
- GAMA JUNIOR, Lauro; MARQUES, Frederico Magalhães. Concorrência e regulação no setor de telecomunicações. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *O Novo Direito Internacional - Estudos em homenagem ao Prof. Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 573-613.
- GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders. Evolving technologies, competition and the new role of regulation: introduction and synopsis of the book. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 01-20.
- GENTZOGLANIS, Anastassios; ARAVANTINOS, Elias. Investment in broadband technologies and the role of regulation. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 17-40.
- GERADIN, Damien. Limiting the scope of article 82 of the EC Treaty: what can the EU learn from de U.S. Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom? *Common Market Law Review*, dez. 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=617263>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- _____. The Development of European Regulatory Agencies: what the EU should learn from the american experience. *Columbia Journal of European Law*, v. 11, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=877922>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 1-52.
- GERADIN, Damien; KERF, Michel. *Controlling market power in telecommunications: antitrust vs sector-specific regulation*. New York: Oxford University Press, 2005.
- GERADIN, Damien; O'DONOGHUE, Robert. The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector. *Journal of Competition Law and Economics*, n. 1 (2), 2005. p. 355-425.
- GERADIN, Damien; SIDAK, J. Gregory. European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications. In:

- MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 518-551.
- GILLESPIE, Tarleton L. The Politics of 'Platforms'. *New Media & Society*, v. 12, n. 3, maio 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1601487>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 347-364.
- GOMEZ ALONSO, Adela. Regulación sectorial y derecho de la competencia en la nueva normativa comunitaria de telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 16, parte 3, fev. 2003. p. 200-218.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.
- GRAU-KUNTZ, Karin. Da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 9, jan. 2002. p. 49-72.
- GUIMARÃES, Marcelo Cesar. Os Novos Rumos do Direito Antitruste no MERCOSUL: o Acordo de Defesa da Concorrência e a Consolidação da Cooperação Internacional na Região. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, CADE, v. 4, n. 1, maio 2016. p. 237-278.
- GUTIERREZ, Luis; BERG, Sanford. Telecommunications liberalization and regulatory governance: lessons from Latin America. *Telecommunications Policy*, v. 24, n. 1, 2000. p. 865-884.
- HAHN, Robert W.; LITAN, Robert E.; SINGER, Hal J. The economics of wireless net neutrality. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 3, n. 3, set. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1159267>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 399-451.
- HARRISON, Jeffrey L.; THEEUWES, Jules. *Law and economics*. New York: W. W. Norton & Company, 2008.
- HAUCAP, Justus. The Regulatory Framework for European Telecommunications Markets Between Subsidiarity and Centralization. In: PREISSEL, Brigitte; HAUCAP, Justus; CURWEN, Peter (eds.). *Telecommunication Markets: Drivers and Impediments*. Springer Series in Contributions to Economics. Physica-Verlag Heidelberg, 2009. p. 463-480.
- HAUSMAN, Jerry; SIDAK, J. Gregory. A consumer-welfare approach to the mandatory unbundling of telecommunications network. *The Yale Law Journal*, v. 109, 24 nov. 1999. p. 417-505.
- HERRERA-GONZALEZ, Fernando; CASTEJON-MARTIN, Luis. The endless need for regulation in telecommunication: An explanation. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 33, 2009. p. 664-675.
- HERSCOVIVI, Alain. Convergências tecnológicas e sistemas de rede: uma análise econômica. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 153-172.
- HILLBRECHT, Ronald. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- HOLMES, Peter; KEMPTON, Jeremy; MCGOWAN, Francis. International competition policy and telecommunications. Lessons from the EU and prospects for the WTO. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 20, n. 10, 1996. p. 755-767.

- HOVENKAMP, Herbert. The rule of reason. *University of Pennsylvania Institute for Law and Economics, Research Paper Series*, n. 17-28, jul. 2017. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/>>. Acesso em: 26 set. 2017.
- HUDSON, Heather. Privatization and liberalization in the developing world: the need for innovative policies and strategies. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 185-205.
- HUO, Zhengxin. A Tiger without Teeth: The Antitrust Law of The People's Republic of China. *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, v. 10, n. 1, 2011. Disponível em: <<https://www.hawaii.edu/aplpj>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 32-61.
- HUR, Joseph Seon; RHEE, Paul S. *Overlapping regulations by sector-specific regulators and the competition authority in South Korean Telecommunications and Financial Industries*. 2010. Disponível em: <http://www.cuts-ccier.org/IICA/pdf/Country_Paper_Korea.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Advocacy and competition policy*. Napoli: ICN, 2002. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- _____. Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group. Subgroup 1: Limits and constraints facing antitrust authorities intervening in regulated sectors. *Report to the third ICN annual conference*. Seoul: ICN, abril 2004. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- _____. *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies*. Moscou: ICN, 2007. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência. Entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. *Europeização do Direito Internacional Privado*. Curitiba: Juruá, 2012.
- _____. *Liberdade de concorrência na União Europeia e no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010.
- _____. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002.
- JAEGER JUNIOR, Augusto (ed.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma futura codificação na União Europeia, através de um Regulamento Roma Zero*. 1. ed. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2016. v. 1.
- JAYAKAR, Krishna; MARTIN, Brandie. Regulatory governance in African telecommunications: Testing the resource curse hypothesis. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 36, n. 2, 2012. p. 691-703
- JASINSKI, Piotr. Competition rules and regulations in telecommunications. The case of Poland's intent to join the EU. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. International developments. Westport: Praeger Publishers. 1997. p. 127-148.
- JAUNAUX, Laure; LEBOURGES, Marc. *Zero rating and end users' freedom of choice: an economic analysis*. dez. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3089833>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

- JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, PPGDir/UFRGS, v. 1, n. 1, mar. 2003. p. 59-68.
- _____. Le Droit International Privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. *Recueil de Cours*, Haia, Martinus Nijhoff Publishers, v. 282, 2000. p. 9-40.
- JITSUZUMI, Toshiya. Efficiency and sustainability of network neutrality proposals. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 253-274.
- JUST, Natascha; LATZER, Michael. EU competition policy and market power control in the mediamatics era. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 24, n. 1, 2000, p. 395-411.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KANG, Jerry. *Communications law and policy: cases and materials*. New York: Aspen Publishers, 2001.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. QUINTELA, Paulo (trad.). Lisboa: Edições 70, 1960.
- KATZ, Michael. Roundtable discussion: Antitrust or regulation? US public policy in telecommunications markets. In: BUIGUES, Pierre A.; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 243-259.
- KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Bens Públicos Globais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.
- KEMMITT, Helen; JOLLEY, Rachael; PAIRMAN, Joanne; DUDUYEMI, Olufemi. Baker & McKenzie's annual review of developments in EU law relating to IP, IT & telecommunications. *Computer Law and Security Review*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2017. p. 97-100.
- KERF, Michel; NETO, Isabel; GERADIN, Damien. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: A close look at interconnection*. fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- _____. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: The impact on competitiveness*. fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- _____. *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: What works best?* fev. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886305>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- KIM, Sung Wook; JAYAKAR, Krishna P. *The impact of competition on universal service in Korea: A case study*. mar. 2010. Disponível em: <http://php.scripts.psu.edu/users/k/p/kpj1/Kim_Jayakar_2010_AEJMC.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- KLEIN, Aline Licia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- KOBAYASHI, Bruce H.; MURIS, Timothy J. Chicago, post-Chicago, and beyond: time to let go of the 20th century. *Antitrust Law Journal*, v. 78, mar. 2012. p. 505-526.
- LA RUE, Frank. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/17/27. 16 maio 2011. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *Competition in Telecommunications*. Cambridge: MIT Press, 2001.
- LANDE, Robert H. Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust: The efficiency interpretation challenged. *Hastings Law Journal*, n. 65, 1999. Disponível em: <<http://www.hastingslawjournal.org/>>. Acesso em: 25 mar. 2017. p. 106-114.
- LAROCHE, Pierre. *Competition law and regulation in european telecommunications*. Portland: Hart Publishing, 2000.
- LARSON, James F. Network-centric digital development in Korea: Origins, growth and prospects. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 916-930.
- LEAL, Ana Lucia Palhano. O papel das organizações internacionais no marco regulatório das telecomunicações no Brasil. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 12, jul. 2001. p. 58-67.
- LEE, Jeong-Ja. The Korean Telecommunications service industry. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 33-40.
- LEITE, Fabio. The rise of wireless broadband. *InterComms International Communications Project*, 2004. Disponível em: <<http://www.intercomms.net/FEB04/content/itu.php>>. Acesso em: 30 abr. 2017.
- LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.
- LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996.
- LIU, Chun. An evaluation of China's evolving broadband policy: An ecosystem's perspective. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 1, 2017. p. 01-11.
- LOPEZ-MUNIZ, José Luis Martínez. La nueva regulación económica em España. In: ARIÑO, Gaspar; CUETARA, Juan Miguel de la; LOPEZ-MUNIZ, José Luis Martínez. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 185-270.
- LORENZETTI, Ricardo. Artigo sobre Defesa de La Competencia. La realidad y la Regulación. *Debates em Direito da Concorrência*, Brasília, Advocacia-Geral da União, 2011. p. 317-326.
- LOWE, Philip. Roundtable discussion: introduction to the roundtable on the economics of antitrust and regulation in the telecom sector. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 239-242.
- LUZ ALVAREZ, Clara. Mexican telecom reform: private interest first? *Mexican Law Review*, v. 8, n. 2, 2012. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2988001>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 47-74.
- MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. *Revista dos Tribunais*, v. 974, dez. 2016. p. 81-110.

- MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin. Technology evolution and the internet: introduction. *In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 1-30.
- MALDOOM, Dan; MARSDEN, Richard; SIDAK, Gregory; SINGER, Hal. *Broadband in Europe: how Brussels can wire the information society*. Nova York: Springer, 2005.
- MALHEIRO, Emerson Penha. A defesa dos direitos humanos e a inserção de suas normas no sistema jurídico da sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*, v. 975, jan. 2017. p. 385-395.
- _____. A inclusão digital como direito fundamental na sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*, v. 987, jan. 2018. p. 39-54.
- MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. Google and the limits of antitrust: the case against the antitrust case against Google. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 34, n. 1, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=1577556>. Acesso em: 01 nov. 2017. p. 10-25.
- MARCUS, Scott; ELIXMANN, Dieter. International regulatory comparisons; the evolution of IP-based fiber. *In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 188-210.
- MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova Teoria Geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. *In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.
- MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 72-98.
- _____. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- _____. Direito das Telecomunicações e ANATEL. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 300-316.
- _____. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 8, jan. 2001. p. 95-122.
- MARTINEZ MEDRANO, Gabriel. Competencia y telecomunicaciones en Europa. *In: PALAZZI, Pablo (dir.). Derecho y nuevas tecnologías*. a. 2, n. 3. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000. p. 31-72.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção à pessoa. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 96, nov.-dez. 2014. p. 225-257.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento. *Revista dos Tribunais*, v. 960, out. 2015. p. 249-267.
- _____. *Tratados internacionais de Direitos Humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2014.

- MCCORMICK, Patricia K. Telecommunications reform in Botswana: a policy model for African states. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, n. 1, 2001. p. 409-420.
- _____. The African telecommunications union: A Pan-African approach to telecommunications reform. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 29, n. 2, 2005. p. 529-548.
- MELAMED, A. Douglas; CHANG, Andrew. What thinking about antitrust law can tell us about net neutrality. *Colorado Technology Law Journal*, v. 15, n. 1, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3078147>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 93-118.
- MELO, Murilo Otávio Lubambo de. Defesa da concorrência nos setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 13, n. 1, 2006. p. 73-98.
- MERCADO COMUM DO SUL. *Manual de procedimientos de coordinacion de frecuencias, bandas de frecuencias de transmision y coordinacion de frecuencias del servicio de telefonia movil celular*. Resolução n. 65/1997. Disponível em: <<http://http://www.mercosur.int>> Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. *Sistemas de informação de serviços de telecomunicações com código de acesso unificado para os serviços de telefonia no âmbito do MERCOSUL*. Resolução n. 18/2002. Disponível em: <<http://http://www.mercosur.int>> Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. *Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai*. Tratado de Assunção. Disponível em: <http://http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2486/1/tratado-de-assuncao_pt.pdf> Acesso em: 10 jan. 2018.
- MICHALIS, Maria. Local competition and the role of regulation: the EU debate and Britain's experience. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, n. 1, 2001. p. 759-776.
- MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES DO BRASIL. *Edital MC/BNDES n. 01*, de 10 de junho de 1998. Disponível em: <<http://www.telebras.com.br>>. Acesso em: 02 abr. 2015.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito Bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MOGUILLANSKY, Graciela. Las reformas del sector de telecomunicaciones en Chile y el comportamiento de la inversión. *Série Reformas Económicas*, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina e el Caribe, n. 4, ago. 1998. p. 05-45.
- MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Sociedade em rede, internet e estado de vigilância: algumas aproximações. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, AJURIS, v. 40, n. 132, dez. 2013. p. 63-87.
- MONTERO PASCUAL, Juan; SOUTO SOUBRIER, Luis. De la desmonopolización a la competencia efectiva: aplicación de la normativa antitrust comunitaria española en el sector de las telecomunicaciones. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 4, parte 2, ago. 1998. p. 28-59.
- MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Reino Unido: Cambridge, 2007.
- MONTI, Mario. Telecommunications and antitrust: introduction. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 03-08.

- MORAES, Ricardo Leal de. Implementação da concorrência no setor de telecomunicações e desenvolvimento: uma análise da experiência Comunitária. In: BARRAL, Welber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (orgs.). *Integração Regional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 237-250.
- _____. O papel e os limites da defesa da concorrência no setor de telecomunicações: análise da experiência da Comunidade Europeia e contribuições para a realidade brasileira. In: SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *II Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2007*. Brasília: SEAE, 2009. p. 71-121.
- _____. *Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia: evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor*. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2006.
- NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.
- NOAM, Eli M. Beyond liberalization: from the network of networks to the system of systems. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 18, n. 4, 1994. p. 286-294.
- _____. Beyond Liberalization III: Reforming Universal Service. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 18, n. 9, 1994. p. 687-704.
- _____. Principles for the Communications Act of 2034: The Superstructure of Infrastructure. *Federal Communications Law Journal*, v. 47, n. 2, art. 27, 1994. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol47/iss2/27>>. Acesso em: 14 jul. 2017.
- NOVA ZELÂNDIA. *Proposal for Telecommunications (New Regulatory Framework) Amendment Bill*. Government Bill, 293-1. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/bill/government/2017/029/latest/whole.html#whole>>. Acesso em: 04 fev. 2018.
- _____. *Telecommunications Act 2001*. Ministry of Business, Innovation and Employment, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2001/0103/76.0/DLM124961.html>>. Acesso em: 04 out. 2017.
- _____. *Telecommunications Act Review: Post-2020 Regulatory Framework for Fixed Line Services*. Ministry of Business, Innovation and Employment, fev. 2017. Disponível em: <<http://http://www.mbie.govt.nz>>. Acesso em: 04 out. 2017.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 159-189.
- ODLYZKO, Andrew. Network neutrality, search neutrality, and the never-ending conflict between efficiency and fairness in markets. *Review of Network Economics*, v. 8, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1095350>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 40-60.

- OJO, Tokunbo. Global agenda and ICT4D in Africa: Constraints of localizing ‘universal norm’. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 40, n. 2, 2005. p. 704-713.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ORBACH, Barak Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 7, n. 1, mar. 2011. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jcle/>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 133-164.
- ORGANISMO DE REGULADORES EUROPEUS DAS COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS. *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*. BoR (16) 127. ago. 2016. Disponível em: <<http://berec.europa.eu/eng/netneutrality/>>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Human Rights Council Oral Revisions of 30 june*. A/HRC/32/L.20. 30 jun. 2016. Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. OECD, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.
- _____. *Compendium of OECD well-being indicators*. OECD, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.
- _____. *Defining the Relevant Market in Telecommunications*. OECD, 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.
- _____. *OECD Communications Outlook 2011*. OECD, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- _____. *OECD Digital Economy Outlook 2017*. OECD, 2018. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. *OECD Telecommunication and Broadcasting Review of Mexico 2017*. OECD, 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. *Regulatory Policy in Chile: Government capacity to ensure high-quality regulation*. OECD Reviews of Regulatory Reform, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jan. 2017.
- _____. *Regulatory reform in Korea*. OECD, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 14 jul. 2017.
- PEHA, Jon. Telecommunications competition in 2010. *Info – The journal of policy, regulation and strategy for telecommunications information and media*, v. 2, n. 2, abr. 2000. p. 199-205.
- PEPPET, Scott R. Regulating the internet of things: first steps toward managing discrimination, privacy, security & consent. *Texas Law Review*, v. 93, mar. 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2409074>>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 85-178.
- PEREIRA, Edgard; LAGROTERIA, Eleni. O marco regulatório brasileiro para o setor de telecomunicações e a competição no mercado de telefonia fixa de longa distancia. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 11, n. 3, 2004. p. 127-164.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE.

- Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 13-48.
- PEREZ CHAVOLLA, Lilia; SAMARAJIVA, Rohan. Privatization, market liberation, and regulatory reform in the Mexican telecommunications system. In: RYAN, Daniel J. (ed.). *Privatization and Competition in Telecommunications: international developments*. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 149-166.
- PERRUCCI, Antonio; CIMATORIBUS, Michela. Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 21, n. 6, 1997. p. 493-512.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Campus. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/dirp162.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2017.
- PITOFISKY, Robert (ed.). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Nova York: Oxford University Press, 2008.
- _____. The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 127, 1979. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/19/>. Acesso em: 25 mar. 2017. p. 1051-1076.
- POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- _____. The Social Costs of Monopoly and Regulation. *The Journal of Political Economy*, v. 83, n. 4, ago. 1975. p. 807-828. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1830401>>. Acesso em: 22 dez. 2017.
- RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações: a Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da rede e regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo – Direito GV. Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- REDING, Viviane. From Service Competition to Infrastructure Competition: the Policy Options Now on the Table. In: ECTA Conference 2006, 16 nov. 2006, Brussels. *Speech 2006/697*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017.
- REINO UNIDO. *Communications Act 2003*. An Act to confer functions on the Office of Communications; to make provision about the regulation of the provision of electronic communications networks and services and of the use of the electro-magnetic spectrum; to make provision about the regulation of broadcasting and of the provision of television and radio services; to make provision about mergers involving newspaper and other media enterprises and, in that connection, to amend the Enterprise Act 2002; and for connected purposes. 17 jul. 2003. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/pdfs/ukpga_20030021_en.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- REPÚBLICA DA COREIA. *Mid-to long-term master plan in preparation for the intelligent information society: managing the fourth industrial revolution*. Interdepartmental Exercise. 2017. Disponível em: <<http://www.msip.go.kr>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

- RESEARCH ICT AFRICA. Understanding what is happening in ICT in Botswana: a supply and demand side analysis of the ICT sector. *Policy Paper*, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://researchictafrica.net/>>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- RODER-MESSELL, Ernst; KOENIG, Christian. Data Protection and Privacy. In: BARTOSCH, Andreas; BRAUN, Jeans-Daniel; KOENIG, Christian (orgs.). *EC competition and telecommunications law*. Haia: Kluwer Law International, 2002. p. 473-509.
- RODRIGUES, Eduardo Henrique Krueel. *O direito antitruste na economia digital: implicações concorrenciais do acesso a dados*. 2016. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2016.
- RYAN, Patrick S. The ITU and the Internet's Titanic Moment. *Stanford Technology Law Review*, v. 2012, n. 8, 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2110509>>. Acesso em: 01 nov. 2017.
- RYLAND, Sherman. *How Compatible are the DOJ and FCC's Approaches to Identifying Harms to Telecommunications Innovation?* 07 set. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2944372>>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- SAITO, Leandro. Desafios da intervenção antitruste em indústrias de rede. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, CADE, n. 1, maio 2013. p. 197-220.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 16, jan. 2009. p. 305-330.
- _____. *Direito Concorrencial – As Condutas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. *Direito Concorrencial. As estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- _____. Reflexões sobre a disfunção dos mercados. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, RT, v. 64, abr. 2014. p. 149-167.
- _____. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE*. 2012. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2012.
- SANDLER, Todd. Bens públicos intergeracionais: estratégia, eficiência e instituições. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Bens Públicos Globais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 59-90.
- SANTOS, Bruno Carazza dos. Regulação e defesa da concorrência são realmente instrumentos complementares de política pública? Considerações sobre a experiência recente no setor de telecomunicações norte-americano, europeu e brasileiro. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 14, n. 1, 2007. p. 11-36.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.
- SCARAMUZZI, Elena. *Construindo uma Agenda Digital para o Brasil e Europa*. Bruxelas: Cullen Internacional, 2011.

- SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito econômico: direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SCHAPIRO, Mario Gomes; BACCHI, Fabiana Mesquita. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (orgs.). *Direito Econômico Concorrencial*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49-96.
- SCHECHTER, P. B. *Telecommunication in New Zealand: Competition, Contestability and Interconnection*. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc>>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- SCHNEIDER, Andressa Caroline. *Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2016.
- SCOTT, Marcus J.; BOCAROVA, Veronica; PETROPOULOS, Georgios. *Incentives for investment in fast broadband: how much can be expected from the proposed European Code?* 23 jul. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3007395>>. Acesso em: 26 jan. 2018.
- SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SIDAK, J. Gregory. A consumer-welfare approach to network neutrality regulation of the internet. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 2, n. 3, set. 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=928582>>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 349-474.
- _____. *The OECD's proposal to cartelize mexican telecommunications*. maio 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2061844>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- SILVA, Alexnaldo Cerqueira da. Essential facility theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 13, n. 1, 2006. p. 215-230.
- SILVA, Leandro Novais e; LEURQUIN, Pablo; BELFORT, André. Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4, n. 1, maio 2016. p. 21-56.
- SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- SILVEIRA, Paulo Burnier; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. A segunda década da Rede Internacional da Concorrência: os desafios da promoção da convergência na diversidade. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, CADE, n. 1, maio 2013. p. 04-15.
- SINGER, Hal J.; LITAN, Robert E. Unintended consequences of net neutrality regulation. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, mar. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=942043>>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- SMALL, Harry; DIZON, Michael; MALIK, Tabeebah; KEMMITT, Helen; SMITH, Ben, CHIN, Alison; DUDUYEMI, Olufemi. *Computer Law and Security Review*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2017. p. 189-193.

- STEGER, Manfred B. *Globalization: a very short introduction*. 3 ed. Gosport: Ashford Colour Press Ltd., 2013.
- STUCKE, Maurice. Antitrust 2025. *CPI antitrust Journal*, v. 2, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1727251>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 1-11.
- _____. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*, Boston, Boston College, v. 53, n. 1, 2012. p. 550-629.
- _____. Reconsidering Competition. *Mississippi Law Journal*, Mississippi, University of Mississippi School of Law, v. 81, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1646151>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 108-188.
- STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. No mistake about it: the important role of antitrust in the era of big data. *The Antitrust Source*, n. 269, abr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2600051>>. Acesso em: 26 nov. 2017. p. 1-14.
- STOYANOVA, Milena. *Competition problems in liberalized telecommunications: regulatory solutions to promote effective competition*. Haia: Kluwer Law International, 2008.
- SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES. *Telecomunicaciones: modernizando el modelo para aumentar la competencia en el sector*. 2016. Disponível em: <<http://www.subtel.gob.cl/>>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- SUTHERLAND, Ewan. The regulation of international mobile roaming. *Info*, Reino Unido, Elsevier, v. 10, n. 1, 2008. p. 13-24.
- SY, Jacques Habib. Comunicações globais para um mundo mais equitativo. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Bens Públicos Globais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 371-388.
- SZERMAN, Paloma. Telecommunications-specific regulators & competition agencies: their institutional setting in Spain, the UK and France. *European Networks Law & Regulation Quarterly*, v. 4, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2703665>>. Acesso em: 15 jul. 2017. p. 243-256.
- TAPIA, Jorge Ruben Biton; DALMAZO, Renato. O significado do serviço universal frente à liberalização das telecomunicações e à sociedade da informação. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 75-103.
- TAUFICK, Roberto Domingos. Imunidade Parker v. Brown: releitura das doutrinas state action e pervasive power no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 3, n. 2, dez. 2009. p. 74-102.
- TEIXEIRA, Henrique de Andrade. Política Antitruste e Regulação da Concorrência no Brasil: um estudo sobre o setor de telecomunicações. *VI Prêmio SEAE: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica: 2011*. Brasília: SEAE, 2011. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE_2011/monografias_premiadas>. Acesso em: 10 out. 2017.
- THALER, Richard H. *Misbehaving: the making of bahavioral economics*. New York: W. W. Norton & Company, 2015.
- TIROLE, Jean. Roundtable discussion: telecommunications and competition. In: BUIGUES, Pierre; REY, Patrick (eds.). *The economics of antitrust and regulation in telecommunication: perspectives for the new European framework*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 260-268.
- TORRES, Rafael Nery. *Direito concorrencial na República Popular da China: abuso de posição dominante das empresas estatais chinesas no cenário internacional*. 2016.

141 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2016.

TURLE, Marcus. Data security: past, present and future. *Computer Law and Security Review*, Reino Unido, Elsevier, v. 25, 2009. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 26 abr. 2017. p. 51-58.

UL HAQ, Mahbud. The Human development paradigm. In: SECONDI, Giorgio (ed.). *The development economics reader*. Nova York: Routledge, 2008. p. 28-33.

UNIÃO EUROPEIA. 2007 EU Telecoms Reform # 9: From 18 to 7 regulated markets. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *Commission staff working document: impact assessment*. SEC(2007) 1472/3. 06 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Conectividade para um mercado único digital concorrencial - rumo a uma Sociedade Europeia a Gigabits*. COM(2016) 587. 14 set. 2016. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

_____. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões eEurope 2005: uma sociedade da informação para todos*. COM(2002) 263. 28 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. O serviço universal no sector das comunicações electrónicas: relatório sobre os resultados da consulta pública e a terceira revisão periódica do âmbito do serviço, em conformidade com o artigo 15.º da Directiva 2002/22/CE*. COM(2011) 795. 23 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa às análises do mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário*. COM(2006) 28. 06 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Um mercado único para a Europa do século XXI*. COM(1007) 724. 20 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: uma agenda digital para a Europa*. COM(2010) 245. 26 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. *Comunicação da Comissão de 13 de Março de 2001, eEurope 2002: Impacto e prioridades, Comunicação ao Conselho Europeu da Primavera, em Estocolmo, de 23 a 24 de Março de 2001*. COM(2001) 140. 23 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. *Comunicação da Comissão Europa 2020. Estratégia para o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. COM(2010) 2020. 03 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

- _____. *Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações*. Directiva 1990/388/EEC. 24 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- _____. *Directiva 94/46/CE da Comissão de 13 de Outubro de 1994 que altera as Directivas 88/301/CEE e 90/388/CEE em especial no que diz respeito às comunicações por satélite*. Directiva 1994/46/ECC. 19 out. 1994. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2017.
- _____. *Directiva 95/51/CE da Comissão, de 18 de Outubro de 1995, que altera a Directiva 90/388/CEE, relativa à supressão das restrições à utilização de redes de televisão por cabo para o fornecimento de serviços de telecomunicações já liberalizados*. Directiva 1995/51/ECC. 26 out. 1995. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2017.
- _____. *Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações*. Directiva 1996/19/ECC. 22 mar. 1996. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2017.
- _____. *Directiva 96/2/CE da Comissão, de 16 de Janeiro de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que respeita às comunicações móveis e pessoais*. Directiva 1996/2/ECC. 26 jan. 1996. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2017.
- _____. *Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997 relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA)*. Directiva 1997/33/EC. 30 jun. 1995. Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 16 mar. 2017.
- _____. *Directiva 2002/77/CEE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações electrónicas*. Directiva 2002/77/CEE. 16 set. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- _____. *Directiva 2002/21/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro)*. Directiva 2002/21/CEE. 07 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- _____. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos e a Directiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas*. Directiva 2009/140/CE. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a medidas destinadas a reduzir o custo da implantação de redes de comunicações electrónicas de elevado débito*. Directiva 2014/61/EU. 15 maio 2014. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- _____. *Directiva que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas,*

a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor. Directiva 2009/136/CE. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. *Directive on competition in the markets in telecommunications terminal equipment*. Directiva 1988/301/EEC. 16 mai. 1988. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. *Directive on the application of open network provision (ONP) to voice telephony and on universal service for telecommunications in a competitive environment*. Directiva 1998/10/EC. 26 abr. 1998. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. *European Commission Press Release: State of the Union 2016: Commission paves the way for more and better internet connectivity for all citizens and businesses*. IP/16/3008. 14 set. 2016. Estrasburgo. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

_____. *European Parliament Resolution on the need to overcome the fragmentation in telecommunications*. OJ 12. 16 jan. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____. *Europe's Way to the Information Society. An Action Plan. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*. COM(1994) 347. 19 jul. 1994. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. *Fim das tarifas de itinerância na UE: Declaração conjunta de 3 instituições da UE*. Statement/17/1590. 14 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. *Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações*. COM(87) 290. 30 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. *i2010 – A European Information Society for growth and employment*. COM(2005) 229. 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece o Código Europeu das Comunicações Electrónicas*. COM(2016) 590 final. 12 out. 2016. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

_____. *Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003 relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação ex ante, em conformidade com o disposto na Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas*. Recomendação 2003/311/CE. 11 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____. *Recomendação da Comissão sobre o acesso regulamentado às redes de acesso da próxima geração (NGA)*. Recomendação 2010/572/UE. 20 set. 2010. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. *Recomendação da Comissão sobre o tratamento regulamentar das tarifas da terminação de chamadas em redes fixas e móveis na UE*. Recomendação

2009/396/UE. 07 maio 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n. 717/2007, relativo à itinerância nas redes telefônicas móveis públicas da Comunidade, e a Directiva 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas*. Regulamento 544/2009. 18 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE) e o Gabinete*. Regulamento 1211/2009. 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas e o Regulamento (UE) n.o 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União*. Regulamento 2120/2015. 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à itinerância nas redes telefônicas móveis públicas da Comunidade e que altera a Directiva 2002/21/CE*. Regulamento 717/2007. 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à portabilidade transfronteiriça dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno*. Regulamento 1128/2017. 14 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. *Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Directiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)*. Regulamento 679/2016. 27 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. Tribunal das Comunidades Europeias. *Caso 202/88. France v. Commission*. 1989. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. Tribunal das Comunidades Europeias. *Caso 41/83. Italy v. Commission*. 1983. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Collection of GSR Best Practice Guidelines: 2003-2013*. Genebra: UIT, 2015. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. *Convênio Internacional de Telecomunicações de Nairóbi*. Anexo II. 1982. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. *Global ICT Regulatory Outlook 2017*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. *Global ICT Regulatory Outlook 2017: Executive Summary*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

- _____. *ITU case study: The creation of the Botswana Communications Regulatory Authority (BOCRA)*. Genebra: UIT, 2014. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- _____. *Measuring the Information Society 2011*. Genebra: UIT, 2011. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 01 dez. 2017.
- _____. *Measuring the Information Society Report 2016*. Genebra: UIT, 2016. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 01 nov. 2017.
- _____. *The State of Broadband: Broadband catalyzing sustainable development*. Genebra: UIT, 2017. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 30 set. 2017.
- _____. *The World Information Society Report 2007*. Disponível em: <<http://www.itu.int>>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- URE, John; VIVORAKIJ, Araya. Privatization of telecoms in Asia. In: RYAN, Daniel (org.). *Privatization and competition in telecommunications*. International developments. Westport: Praeger Publishers, 1997. p. 1-20.
- URRUTIA, Bernardo. The EU telecommunications sector during the 1990s: liberalisation, regulation and competition policy. *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, n. 9, parte 4, fev. 2000. p. 130-141.
- VAN SCHEWICK, Barbara. Network neutrality and quality of service: what a non-discrimination rule should look like. *Stanford Law Review*, v. 67, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2459568>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. Network neutrality: what a non-discrimination rule should look like. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 1684677, Stanford Law School, out. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1684677>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.
- _____. Bill and Keep: A solution to the termination monopoly problem? *Case Associates*, out. 2007. Disponível em: <<http://www.casecon.com>>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70-95.
- VOGELSANG, Ingo. Regulatory inertia versus ICT dynamics: The case of product innovations. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 978-990.
- VU, Khuong Mu. ICT diffusion and production in ASEAN countries: Patterns, performance, and policy directions. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 3, 2017. p. 962-977.
- XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- XAVIER, Patrick; YPSILANTI, Dimitri. Behavioral economics and telecommunications policy. In: GENTZOGLANIS, Anastassios; HENTEN, Anders (eds.). *Regulation and the Evolution of the Global Telecommunications Industry*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 83-108.
- XIA, Jun. China's telecommunications evolution, institutions, and policy issues on the eve of 5G: A two-decade retrospect and prospect. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 931-947.

- YOO, Christopher S. An unsung success story: A forty-year retrospective on U.S. communications policy. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 41, n. 10, 2017. p. 891-903.
- _____. Cloud Computing, Contractibility, and Network Architecture. *University of Pennsylvania Law School, Institute for Law & Economic Research Paper*, n. 17-47, abr. 2015. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3080368>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- YU, Liangchun; BERG, Sanford; GUO, Qing. Market performance of Chinese telecommunications: new regulatory policies. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 28, n. 9-10, 2004. p. 715-732.
- WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento Econômico e Tecnologia da Informação. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 88
- WAKABAYASHI, Daisuke; CORKERY, Michael. Google and Walmart partner with eye on Amazon. *New York Times*, Nova York, 23 ago. 2017. p. B1.
- WANG, Tom. *Human Right and Internet Access: a philosophical investigation*. Tese (Doutorado em Direito). Utrecht University, Utrecht, 2016.
- WELLENIUS, Björn; TOWNSEND, David. Telecommunications and economic development. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELSANG, Ingo; CAVE, Martin (eds.). *Handbook of telecommunications economics*. v. 2. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 557-604.
- WOHLERS, Márcio. A reforma do modelo de telecomunicações: o menu internacional e a opção brasileira. In: TAPIA, Jorge Ruben Biton; RALLET, Alain. *Telecomunicações, desregulamentação e convergência tecnológica: uma análise comparada*. Campinas: Unicamp, 1999. p. 43-74.
- WRIGHT, Joshua; GINSBURG, Douglas. The goals of antitrust: welfare trumps choice. *Fordham Law Review*, n. 81, 2013. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/9/>>. Acesso em: 26 ago. 2017. p. 2405-2423.
- WU, Irene. Canada, South Korea, Netherlands and Sweden: regulatory implications of the convergence of telecommunications, broadcasting and internet services. *Telecommunications Policy*, Reino Unido, Elsevier, v. 28. n. 1, 2004. p. 79-96.
- WU, Tim. A Brief History of American Telecommunications Regulation. *Oxford Encyclopedia of Legal History*, 2009. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=965860>>. Acesso em: 12 out. 2017.
- _____. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 2, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=388863>>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 141-179.
- _____. Why Have a Telecommunications Law? Anti-Discrimination Norms in Communications. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, v. 5, 2006. p. 15-43.
- WU, Tim; GOLDSMITH, Jack. *Who controls the Internet? Illusions of a Borderless World*. Nova York: Oxford University Press, 2006.
- ZOLO, Danilo. *Globalización: un mapa de los problemas*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 2006.